This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 059 466 748

Die
Nichterfüllbare Obligation
im
Schweiz. Obligationenrecht.

Dissertation

der h. juristischen Fakultät der Universität Bern vorgelegt

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechte

von

Hans Ringier, aarg. Fürsprech.

Zofingen.
Buchdruckerei Francke, Ringier & Cie., A.-G.
1905.

HARVARD
LAW
LIBRARY

Digitized by Google

HARVARD LAW SCHOOL
LIBRARY

Digitized by Google

Die Nichterfüllbare Obligation im Schweiz. Obligationenrecht.

Dissertation

der h. juristischen Fakultät der Universität Bern vorgelegt

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechte

von

Hans Ringier, aarg. Fürsprech.

Zofingen.
Buchdruckerei Francke, Ringier & Cie., A.-G.
1905.

Digitized by Google

Digitized by Google

Einleitung.

Der Kern unserer Arbeit soll liegen in der Gegenüberstellung der Voraussetzungen und Wirkungen der Artikel 110 ff O. R. „über die Folgen der Nichterfüllung", speziell wegen Unvermögens zur Erfüllung einerseits, und des Artikels 145 O. R. über das Erlöschen der Obligation in Folge von „Unmöglichkeit der Erfüllung" andererseits. Bei dieser Aufgabe lässt es sich nicht vermeiden, das Wesen der Nichterfüllbarkeit allgemein zu behandeln, soweit dieser Tatbestand vom Obligationenrecht in Berücksichtigung gezogen wird. Wir begrenzen aber die Arbeit insofern, dass wir nur von den Obligationen sprechen, die durch Vertrag begründet werden. Unmöglichkeit der Erfüllung und Unvermögen kann aber auch eintreten bei Obligationen, die aus Vermächtnissen stammen, oder die von Gesetzes wegen entstehen.

Es war für den Verfasser nötig zum Verständnis der Sache, auf die sehr umfangreiche Literatur des gemeinen Rechts zurückzugehen, es scheint deshalb auch gerechtfertigt, in einem ersten Teil die Grundsätze dieses Rechts und seiner Wissenschaft kurz zur Darstellung zu bringen.

Von nicht geringerem Einfluss als das gemeine Recht ist für unser Gesetzbuch in einzelnen einschlägigen Punkten der code civil français, beziehungsweise seine westschweizerischen Nachahmungen gewesen. Bei der Besprechung des geltenden Rechts beachten wir deshalb auch diese Rechtsquelle.

Digitized by Google

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

I. Teil: Das gemeine Recht.

§ 1. Die Unmöglichkeit der Erfüllung einer Obligation: Voraussetzungen 1
§ 2. Fortsetzung: Wirkung 8
§ 3. Unmöglichkeit und Unvermögen im zweiseitigen Vertrag 12
§ 4. Selbständigkeit oder Abhängigkeit der synallagmat. Obligationen?: Theorie 14
§ 5. Fortsetzung: Die bestrittenen Beweismittel . . 16

II. Teil: Das schweizerische Obligationenrecht.

§ 6. Allgemeines 21
1. Abschnitt: Ursprüngliche Unmöglichkeit. Art. 17 O. R. 22
§ 7. Ihre Voraussetzungen 22
§ 8. Ihre Wirkung 28
2. Abschnitt: Das Unvermögen. Art. 110 ff O. R. . . 31
§ 9. Allgemeines 21
§ 10. Voraussetzungen des Unvermögens 33
§ 11. Wirkungen des Unvermögens im einseitigen Vertrag 45
§ 12. Wirkungen des Unvermögens im zweiseitigen Vertrag 57
3. Abschnitt: Nachträgliche Unmöglichkeit. Art. 145 O. R. 71
§ 13. Ihre Voraussetzungen 71
§ 14. Ihre Wirkung 76
§ 15. Uebergang der Gefahr im Veräusserungsvertrag . 77
§ 16. Die Gefahrtragung in den zweiseitigen Vertragsarten 84

Digitized by Google

I. Teil:

Das gemeine Recht.

§ 1. Die Unmöglichkeit der Erfüllung einer Obligation.

Voraussetzungen.

Mein Freund will in acht Tagen eine Reise machen. Um sich ein gutes Gelingen zu sichern, lässt er sich auf den Reisetag von mir zwei Dinge versprechen, gutes Wetter und 1000 Franken Reisegeld. Der Termin rückt heran. Ich opfere dem Jupiter mein bestes Pferd, und da ich kein Geld habe, suche ich alle Bekannten auf, um mir die geschuldeten 1000 Franken zu verschaffen. Alles umsonst; an dem verhängnisvollen Tage regnet es in Strömen, und an Geld habe ich nur 20 Franken zusammengebracht. Vor dem Richter erkläre ich, dass die Erfüllung der Verpflichtungen mir unmöglich war, obschon ich alles versucht hatte, um denselben nachkommen zu können. Der Richter antwortet mir: „Gutes Wetter zu machen war dir allerdings unmöglich, nicht aber die 1000 Franken zu geben, dazu haben dir nur die Mittel gefehlt."

Das gemeine Recht qualifiziert nicht jedes tatsächliche „Nichterfüllenkönnen" als wahre Unmöglichkeit, es sind dazu besondere Voraussetzungen nötig. Trotzdem hat der Sprachgebrauch der Juristen auch das Nichterfüllenkönnen, das keine Unmöglichkeit im wahren Sinne ist, unter den Oberbegriff der Unmöglichkeit gefasst und die Unterscheidung durch Beiworte hergestellt, wie echt und unecht oder objektiv und subjektiv. Das deutsche bürgerliche Gesetzbuch hat mit

Digitized by Google

dieser Terminologie gebrochen, indem es der Rechtslitteratur den Ausdruck „Unvermögen“ entnahm für das Nichterfüllenkönnen, das keine wahre Unmöglichkeit ist. Es kann schon hier bemerkt werden, dass auch unser schweizerisches Gesetzbuch den Begriff der Unmöglichkeit nur in dem engern Sinne anwendet.

Bevor wir auf die Abgrenzung dieser beiden Tatbestände, welchen Namen man ihnen immer geben mag, eintreten können, ist es nötig, eine andere Unterscheidung aufzustellen. Der Zustand, dass die Erfüllung der Obligation tatsächlich unmöglich ist, kann bereits bei Begründung der Obligation vorliegen, wir nennen die Unmöglichkeit in diesem Fall eine ursprüngliche, oder der Zustand kann nach dem Vertragsabschluss eintreten, veranlasst durch die Handlung einer Partei oder durch ein zufälliges Ereignis. Diese Unmöglichkeit heissen wir eine nachträgliche. Nach der herrschenden gemeinrechtlichen Lehre sind die Voraussetzungen für die wahre Unmöglichkeit verschieden, jenachdem sie ursprünglich oder nachträglich ist. Wir werden später einen Juristen[1]) kennen lernen, der dieser Unterscheidung die Berechtigung abspricht.

1. Das ursprüngliche Nichterfüllenkönnen wird zergliedert in die echte und die unechte Unmöglichkeit.[2]) Merkmal der Unterscheidung ist die Wirkung der echten Unmöglichkeit, die darin besteht, dass die Obligation nichtig ist. Wo also die Quellen eine Verpflichtung nicht zustande kommen lassen, ist die Unmöglichkeit eine echte, wo die Verpflichtung entsteht, eine unechte.

Nach ihren Beziehungen zu der Person des Schuldners wird die Unmöglichkeit unterschieden in eine objektive und subjektive.[3]) Die subjektive Unmöglichkeit ist in den persönlichen Verhältnissen des Schuldners oder in dessen

[1]) Hartmann: Obligation pag. 166 ff.
[2]) v. Savigny: Obligationenrecht II. 284 ff.
[3]) v. Savigny: Obligationenrecht I. 381 f.

Digitized by Google

Beziehungen zum Gegenstand begründet,[1]) die objektive in der Natur des Leistungsgegenstandes. Bei der praktischen Durchführung dieser Unterscheidung gehen ihre Vertreter nicht einig. Liegt der Grund der Unmöglichkeit in den persönlichen Verhältnissen des Gläubigers, so fällt dieser Tatbestand nach Mommsen[2]) und Dernburg[3]) weder unter die objektive noch unter die subjektive Unmöglichkeit, sondern sie bildet eine Art für sich, die subjektive Unmöglichkeit des Gläubigers. Brinz[4]) dagegen reiht vom Standpunkt des Schuldners aus diese Fälle der objektiven Unmöglichkeit ein. Noch deutlicher tritt die Ungleichheit in der Auslegung dieser Begriffe zutage in der Behauptung Dernburgs[5]), dass von subjektiver Unmöglichkeit die Fälle blosser Schwierigkeit der Erfüllung, wie Geldmangel und dergleichen, auszunehmen seien, die überhaupt ausserhalb des Begriffs der Unmöglichkeit stehen.

Die Unterscheidung in objektive und subjektive Unmöglichkeit stützt sich auf eine Quellenstelle,[6]) wo Venulejus dem „impedimentum naturale“ eine „causa difficultatis“ gegenüberstellt. Der subjektive Charakter der letztern ergibt sich aus dem Wortlaut: „est autem facultas personae commodum incommodumque, non rerum, quae promittuntur.“ Erkennbar sind die Fälle subjektiver Unmöglichkeit daran, dass blos dem Schuldner die Erfüllung unmöglich ist, während jeder Dritte die Leistung bewirken könnte: „si ab eo stipulatus sim, qui efficere non possit, cum alio possibile sit.“ l. 137 § 5 D. 45,1.

Auf dieses Unterscheidungsmerkmal gründet Kleineidam[7]) eine Einteilung der Tatbestände der Nichterfüllbarkeit, worin der Jurist die Theorie der subjektiven und objektiven

[1]) Mommsen: Beiträge zum O. R. I. 5.
[2]) Mommsen: Beiträge zum O. R. I. 5.
[3]) Dernburg: Pandekten. 4. Auflage II. 47.
[4]) Brinz: Pandekten II. 123.
[5]) Dernburg: Pandekten II. 45 f.
[6]) l. 137 § 4—5 D. 45,1.
[7]) Kleineidam: Unmöglichkeit und Unvermögen nach B. G. B. pag. 3 ff.

Digitized by Google

Unmöglichkeit nicht zu verlassen glaubt, sondern blos der difficultas dandi den bereits vorhandenen Ausdruck „Unvermögen" zulegt, das „impedimentum naturale" mit Unmöglichkeit im engeren Sinne bezeichnet. Tatsächlich deckt sich aber, wie wir später sehen werden, der Begriff des Unvermögens keineswegs mit der subjektiven Unmöglichkeit, wie sie zum Beispiel von Mommsen definiert wurde. Nicht ohne Grund wird der Theorie Kleineidams der Vorwurf gemacht, sie sei zu sehr der ursprünglichen Nichterfüllbarkeit auf den Leib geschnitten.[1]) Wenn wir unserer folgenden Darstellung trotzdem die Unterscheidung von Unvermögen und Unmöglichkeit i. e. S. zugrunde legen, so geschieht es, weil die Terminologie Kleineidams den Vorteil der Klarheit hat gegenüber den in ihrer Auslegung schwankenden Begriffen subjektiv und objektiv.[2])

Unmöglich im engern Sinne ist die Erfüllung einer Obligation, wenn nicht nur der Schuldner, sondern auch jeder Dritte nicht leisten kann. Das Hindernis kann zunächst im Leistungsgegenstand liegen, sei es, dass ein natürlicher Grund die Erfüllung ausschliesst, sei es ein Gebot der Rechtsordnung.[3]) Natürlicherweise unmöglich ist das Versprechen eines Körpers, der auf der Erde nicht vorkommt, des hippocentaurus, oder eines Körpers, der einmal vorhanden war, aber zur Zeit der Begründung der Obligation vernichtet ist, mein umgestandenes Reitpferd. Rechtlich unmöglich ist die Leistung einer ausser Verkehr gesetzten Sache.

Unmöglich im engern Sinne ist ferner die Erfüllung, wenn persönliche Verhältnisse des Gläubigers eine Leistung

[1]) Kisch: Wirkungen der nachträgl. eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung im B. G. B. in den Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozess. 7. Band, 2. Heft, pag. 10.

[2]) Eine genaue Abgrenzung der Begriffe Unmöglichkeit i. e. S. und Unvermögen wird für das schweizerische O. R. durchgeführt in den nachfolgenden §§ 7 und 10.

[3]) l. 34 § 1 D. 18,1.

Digitized by Google

ausschliessen, denn dieses Hindernis trifft nicht nur den Schuldner, sondern auch jeden Dritten. Man denke, dass der Gläubiger auf anderem Wege in den Besitz der geschuldeten Sache gekommen ist, oder an mangelnde Handlungsfähigkeit, Erwerbsfähigkeit bei Obligationen, wo der Gläubiger bei der Erfüllung mitwirken muss. Es genügt selbst die hartnäckige Verweigerung der Annahme, um eine Erfüllung unmöglich zu machen, wenn die Verweigerung grundlos erfolgt und eine Aenderung in diesem Verhalten des Gläubigers nicht vorauszusehen ist.

Unmöglichkeit im engern Sinne kann ausnahmsweise auch dann vorliegen, wenn persönliche Verhältnisse des Schuldners der Leistung im Wege stehen. Regelmässig ist die persönliche Erfüllung einer Verbindlichkeit durch den Schuldner nicht erforderlich, der Gläubiger muss sich mit der Erfüllung durch einen Dritten begnügen und kann umgekehrt Erfüllung verlangen, solange ein Dritter dazu in der Lage ist. Anders bei den Verbindlichkeiten, wo die persönliche Leistung des Schuldners nach Gesetz oder Vertrag ein Bestandteil des Parteiwillens ist, sei es, dass unter den Parteien ein Vertrauensverhältnis besteht, sei es, dass auf Seiten des Verpflichteten besondere Kunstkenntnisse vorausgesetzt werden. Da in diesen Fällen Leistung durch Fremde vertragswidrig wäre, ist die Erfüllung unmöglich, wenn der Schuldner zu leisten nicht in der Lage ist. Ein Maler verpflichtet sich, mich zu portraitieren, obschon er fast erblindet ist. Es stellt sich heraus, dass er die Arbeit nicht mehr ausführen kann. Obschon dieses Erfüllungshindernis auf einen Zustand in der Person des Schuldners beruht, liegt in diesem Tatbestand doch eine Unmöglichkeit im engern Sinne. Unter diesen Gesichtspunkt fallen insbesondere alle Verbindlichkeiten, die den Schuldner zu einem Unterlassen verpflichten, denn ein Nichttun eines Dritten kann nicht das Nichttun des Schuldners ersetzen.[1])

[1]) Zum Beispiel: Ich verpflichte mich gegenüber meinen Miterben,

Digitized by Google

Unvermögen liegt immer dann vor, wenn nicht der Schuldner, wohl aber ein anderer an seiner Stelle leisten kann, mit der erwähnten Ausnahme von Obligationen, wo fremde Erfüllung gesetzlich oder vertraglich ausgeschlossen ist. Das Unvermögen zur Leistung kann nicht begründet sein in der Natur des Leistungsgegenstandes oder in einer Vorschrift der Rechtsordnung, es ist vielmehr immer auf persönliche Verhältnisse des Schuldners zurückzuführen, wenn Inhalt der Obligation ein Tun des Verpflichteten ist. Bei Verbindlichkeiten, die die Uebertragung einer Sache zum Inhalt haben, beruht das Unvermögen darauf, dass dem Verpflichteten entweder das nötige Recht oder die tatsächliche Gewalt über den zu leistenden Gegenstand fehlt.

2. Das nachträgliche Nichterfüllenkönnen. Eine Obligation, deren Vollzug im Zeitpunkt der Begründung der Verpflichtung keine Schwierigkeiten voraussehen liess, kann während des Obligationsverhältnisses nichterfüllbar werden. Die Ursache liegt entweder in einem Zustand beim Schuldner, wie Mittellosigkeit, Kreditlosigkeit, regelmässig aber ist es die Folge eines positiven Ereignisses. Hier muss nun wieder unterschieden werden, ob das Ereignis direkt oder indirekt durch den Schuldner veranlasst wurde, oder ob es zufällig eingetreten sei. Vom Standpunkt des Schuldners aus stellt sich jedes Ereignis, das ohne dessen Mitwirkung eintrat, als Zufall dar;[1]) die Einwirkung der Naturgewalten, wie die Tätigkeit des Gläubigers oder dritter Personen.

Bei der nachträglichen Nichterfüllbarkeit ist eine Unterscheidung der Tatbestände in zwei Gruppen erforderlich wie bei der ursprünglichen; sie wird aber auf einer neuen

das mir überlassene elterliche Haus nicht zu verkaufen; oder ich verspreche meinem Lieferanten, von seinem Konkurrenten A. keine Ware zu beziehen. In beiden Fällen kann ich allein erfüllen, respektive nichterfüllen: dass ein Dritter für mich das Versprechen halte, ist von vorneherein ausgeschlossen.

[1]) Mommsen: Beiträge zum O. R. I. 241.

Digitized by Google

Grundlage durchgeführt. Es kommt hier darauf an, ob der Schuldner das Eintreten der Nichterfüllbarkeit schuldhafterweise hervorgerufen habe, oder für seine Nichterfüllung aus andern Gründen einstehen müsse.[1]) Diese Fälle bezeichnen wir im Folgenden[2]) wiederum als schuldnerisches Unvermögen; liegt das Hindernis ausserhalb der Vertretbarkeit des Schuldners, so sprechen wir von Unmöglichkeit im engern Sinn. Abgesehen von Verträgen, die dem Verpflichteten eine strengere Haftung aufbürden, hat also das Unvermögen zur Voraussetzung, dass die Nichterfüllbarkeit vom Schuldner absichtlich oder fahrlässig herbeigeführt worden sei. Selbst dann, wenn die direkte Ursache, die eine Erfüllung verunmöglicht, ein zufälliges Ereignis ist, so muss geprüft werden, ob nicht die Einwirkung des Ereignisses auf den Leistungsgegenstand durch ein schuldhaftes Verhalten des Verpflichteten ermöglicht worden sei.[3])[4]) In unserem speziellen Teil werden wir untersuchen, welchen Grad von Sorgfalt das geltende Recht dem Schuldner in den einzelnen Vertragsarten aufbürdet.

---

[1]) Mommsen: Beiträge zum O. R. I. 232.
Windscheid: Pandekten II. 51.
Hesse: Archiv für civ. Praxis LXI. 258.

[2]) Kleineidam: Unmöglichkeit und Unvermögen nach B. G. B. pag. 85. Der Jurist unterscheidet zwar auch bei der nachträglichen Nichterfüllbarkeit Unmöglichkeit i. e. S. und Unvermögen, doch versteht er auch hier unter Unvermögen blos die Fälle, wo die Leistung einem Dritten möglich wäre. Bei dieser Terminologie ist man gezwungen, bei der nachträglichen Unmöglichkeit i. e. S. wieder zwei Gruppen zu unterscheiden, die Unmöglichkeit, die vom Schuldner zu vertreten ist und die von ihm nichtzuvertretende. Im Interesse einer bessern Uebersicht fassen wir das Unvermögen im Sinne Kleineidams und die vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit zusammen unter den Begriff des nachträglichen Unvermögens.

[3]) Kisch: A. A. O. pag. 37.

[4]) Schwierigkeiten bietet die Auslegung des Verschuldensbegriffes. Das kontraktliche Band stellt an die Beteiligten strenge Anforderungen.

Digitized by Google

§ 2. Fortsetzung.

Wirkung.

Nachdem wir das Nichterfüllenkönnen, und zwar das ursprüngliche wie das nachfolgende, in zwei Gruppen unterschieden haben, in die Unmöglichkeit im engern Sinne und in das Unvermögen, und nachdem wir diese Begriffe abgegrenzt haben, gehen wir über zur Betrachtung ihrer Wirkung auf die Obligation.

1. Unmöglichkeit im engern Sinne befreit den Schuldner von der Leistungspflicht; ist sie ursprünglich, so hindert sie im Allgemeinen das Zustandekommen der Obligation, impossibilium nulla obligatio;[1]) ist sie nachträglich, vernichtet sie die Obligation, casus a nullo praestatur.[2]) Man hat versucht, diese Rechtsregeln aus dem Parteiwillen[3]) abzuleiten, indem die Kontrahenten nicht ein Objekt in die Obligation bringen wollen, dessen Leistung rechtlich oder tatsächlich ausgeschlossen ist, mit Grund wird aber dieser Ueberlegung entgegengehalten,[4]) dass sie jedenfalls dann nicht zutreffe, wenn die Parteien beim Vertragsabschluss die Unmöglichkeit der Erfüllung kannten. Die Nichtigkeit unmöglicher Obligationen ist ein Gebot der Logik und erklärt sich aus dem Wesen der Obligation. Es liegt ein Widerspruch darin, dass

---

insbesondere spielt die Haftung für culpa im Vertragsverhältnis eine weit bedeutendere Rolleals bei der aquilischen Haftpflicht. Das gemeine Recht hat deshalb eine Präsumption des Verschuldens auf seiten des Verpflichteten aufgestellt, die darin zum Ausdruck kommt, dass der Schuldner die Abwesenheit eines Verschuldens in seiner Person dartun muss, wenn er sich auf Unmöglichkeit im engern Sinne berufen will.

[1]) l. 185 D. 50,17.

[2]) l. 23 D. 50,17.

[3]) Mommsen: Beiträge zum O. R. 1 f.

[4]) Brinz: Kritische Ueberschau V. 288.

Digitized by Google

eine Verbindlichkeit, die einen bestimmten Erfolg erstrebt, in Kraft erwachsen oder bleiben könne, wenn feststeht, dass dieser Erfolg, die Erfüllung, ausbleiben muss.

Die Nichtigkeit der unmöglichen Obligation schliesst in der Regel die Geltendmachung der Vertragsklage auf Leistung oder auf Ersatzleistung aus. Hat das zerstörende Ereignis Reste des Leistungsgegenstandes zurückgelassen, so ist die Erfüllung nur teilweise unmöglich, und der Schuldner muss diese Reste dem Gläubiger herausgeben. Der Gläubiger hat weiter Anspruch auf Abtretung eventueller Ersatzansprüche, die dem Schuldner bei Anlass des Unterganges des Leistungsgegenstandes gegenüber Dritten erwachsen sind, da ihm mit dem Schaden auch der Nutzen der casuellen Unmöglichkeit zukommt. Es finden sich nun aber eine Reihe von Entscheidungen in den Quellen, die das Prinzip der Nichtigkeit unmöglicher Obligationen umzustossen scheinen. Wenn bei einem Kaufvertrag eine Partei sich verpflichtete, in Kenntnis der Unmöglichkeit der Leistung, so wird sie der Gegenpartei ersatzpflichtig[1]) für den Schaden, der infolge dieser Täuschung eintritt: „quod interfuit eius ne deciperetur.“[2]) Kannten beide Parteien den die Erfüllung hindernden Umstand, so hat keine von beiden einen Anspruch, ihr dolus wird kompensiert.[3]) Die juristische Konstruktion dieser Schadensersatzpflicht ist in der gemeinrechtlichen Wissenschaft zu einer grossen Streitfrage geworden. Die Ueberlegung, dass es widersinnig erscheint, eine Vertragsklage zuzulassen aus einem Vertrag, der gar nicht zustande kam, hat viele Juristen veranlasst, das allgemeine Prinzip der Nichtigkeit wegen Unmöglichkeit fallen zu lassen. Savigny[4]) nimmt im Kaufvertrag bei dolus des Verkäufers die Gültigkeit des Vertrages an.

[1]) l. 57 § 1—2 D. 18,1.
[2]) l. 62 § 1 D. 18,1.
[3]) l. 57 § 3 D. 18,1.
[4]) v. Savigny: O. R. II. 290.

Digitized by Google

Weitergehend, zieht Brinz[1]) den Schluss, dass beim Kaufvertrag wegen Unmöglichkeit der Erfüllung die Nichtigkeit der Obligation nicht eintrete, es sei denn, dass der Grund der Unmöglichkeit Nichtexistenz der Kaufsache sei. Er sieht in dieser Haftung eine Analogie zur Eviktionshaft in den negotia bonae fidei. Andere begnügen sich mit einer historischen Erklärung für diesen Ausnahmefall, so führt Mommsen[2]) aus, ursprünglich sei die Nichtigkeit der unmöglichen Obligation; bei den Obligationen stricti juris habe man konsequent daran festgehalten, aus Rücksichten der Billigkeit aber dem redlichen Gläubiger aus bonae fidei negotiis diesen Schutz gewährt gegen den schuldhaften Schuldner, der sich in Kenntnis der Nichterfüllbarkeit verpflichtete. Die absolute Nichtigkeit der unmöglichen Obligation vertritt Ihering,[3]) hinter der nichtigen Obligation erzeuge der Vertrag eine „vera obligatio" auf Schadensersatz aus dem dolus des die Unmöglichkeit kennenden Kontrahenten, ein Beweis, dass schon das gemeine Recht die Haftung während der Vorverhandlungen, die zu einem Vertrag führen sollen, anerkenne. Während die bis jetzt angeführten Theorien den Ersatzanspruch auf den dolus des Kontrahenten gründen, verneint Windscheid[4]) den Einfluss der Kenntnis oder Unkenntnis von der Unmöglichkeit auf den Ersatzanspruch; die bona fides verlange überhaupt, dass der Schuldner, der nicht leisten kann, der Gegenpartei den Schaden ersetze, den diese erlitt durch ihr Vertrauen auf das Zustandekommen des Vertrages. Diese „vera obligatio" erkläre sich aus einer stillschweigend eingegangenen Garantie für vertragsgemässe Erfüllung.

[1]) Brinz: Pandekten II. 129.

[2]) Mommsen: Lehre vom Interesse. 109.
In ähnlicher Weise gründet auch Ude im Archiv für civ. Praxis XXXXVIII 259 diesen Anspruch auf den dolus des Täuschenden.

[3]) Ihering: Jahrbuch für Dogmatik. IV. 1 ff.

[4]) Windscheidt: Pandekten. 4. Aufl. II. 208. Anm. 7.
Ihm folgen: Hesse: Archiv für civ. Praxis LXI. 258 ff.
und Bolze: „ „ „ „ LXXIV. 102.

Digitized by Google

Je nach der Konstruktion dieses Ersatzanspruches ist auch sein Umfang verschieden. Wer ausgeht von der Gültigkeit des Vertrages, muss dem gutgläubigen Teil das Interesse zusprechen, das dieser an der Erfüllung hat, also das positive Vertragsinteresse. Wer die Schadensersatzpflicht bei Nichtigkeit der Obligation auf den dolus oder allgemein auf die bona fides gründet, kommt dazu, den Schaden zu berücksichtigen, den man erleidet dadurch, dass man sich auf den Vertrag einliess, das negative Vertragsinteresse.

2. Unvermögen zur Erfüllung hindert das Zustandekommen der Obligation oder ihre Weiterexistenz nicht. Der Gläubiger klagt auf Erfüllung, und wenn diese ausbleibt, tritt anstelle des Anspruchs auf Leistung der Anspruch auf Schadensersatz und zwar für den Schaden, der ihm erwächst aus der Nichterfüllung, das positive Vertragsinteresse.

Wir schliessen unsere Betrachtung über die Voraussetzungen und Wirkungen des Nichterfüllenkönnens, indem wir noch eine grundsätzlich verschiedene Lehre von der Unmöglichkeit anführen. Hartmann[1]) lehnt eine Unterscheidung in Unmöglichkeit und Unvermögen, beziehungsweise in objektive und subjektive Unmöglichkeit ab. Er führt aus: Der Satz, impossibilium nulla obligatio, ist keine juristische Abstraktion, er will blos die natürliche Folge aussprechen, dass die Erfüllung nicht stattfinden kann, wenn sie unmöglich ist. Dieser Satz gilt also für jedes Nichterfüllenkönnen, er sagt aber nichts aus über die Frage der Prästationspflicht und Umwandlung der Leistungspflicht in ein mögliches Surrogat. Ebensowenig darf aus ihm abgeleitet werden die Nichtigkeit der Obligation an sich wegen (objektiver) Unmöglichkeit, diese ist vielmehr die Folge anderer, nebenhergehender Umstände. Aus dem Rechtsgeschäft, das nur inbezug auf seinen Inhalt nichtig ist, kann sich ein anderer tauglicher Inhalt ergeben. In welchem Masse und ob überhaupt eine solche

[1]) Hartmann: Obligation 166 ff.

Digitized by Google

Umwandlung stattfindet, ist nicht allgemein bestimmbar, sondern hängt ab von dem dolosen oder culposen Verhalten des Schuldners und der Diligenzpflicht der speziellen Vertragsarten.

---

§ 3. Unmöglichkeit und Unvermögen im zweiseitigen Vertrag.

Wir haben festgestellt, dass ein Umstand, der die Erfüllung einer Obligation ausschliesst, die Nichtigkeit der Obligation herbeiführt, wenn das Hindernis die Erfüllungsunmöglichkeit in dem besprochenen engeren Sinne veranlasst. Hat der hindernde Umstand nur Unvermögen des Schuldners zur Erfüllung zur Folge, so ändert das am Bestande der Obligation nichts. Es ist nun zu untersuchen, welchen Einfluss diese Tatbestände ausüben auf Rechtsverhältnisse, die sich nicht in einer Obligation erschöpfen, sondern aus einer Mehrheit von gegenseitigen Ansprüchen bestehen. Es kommen in Betracht die zweiseitigen Verträge. Unter diesen unterscheidet man solche, wo einer Leistungspflicht eine aequivalente Gegenleistungspflicht entspricht, die synallagmatischen Verträge, und solche, wo zu einer prinzipalen Obligation eventuell oder notwendigerweise eine an Bedeutung schwächere Nebenobligation tritt, die inaequalen zweiseitigen Verträge. Da bei den letzteren die beiden Obligationen ohne gegenseitige Beziehungen sind, kann die Unmöglichkeit der einen auf die andere keine Wirkung haben. Es ergibt sich aber aus der Natur dieser Verträge,[1]) dass die Nebenobligation regelmässig gar nicht zur Entstehung gelangt, wenn die Hauptobligation wegen Unmöglichkeit der Erfüllung dahinfällt, respektive nicht zur Ausführung kommt. Anders

[1]) So kann z. B. die Verpflichtung des Depositars auf Rückgabe des übergebenen Gegenstandes nicht entstehen, wenn die Sache gar nicht übergeben wurde.

Digitized by Google

beim synallagmatischen Vertrag, wo bei der engen Zusammengehörigkeit der Obligationen der Untergang der einen Verpflichtung die andere beeinflussen muss.

1. Das Unvermögen zur Erfüllung auf einer Seite, das die vom Hindernis betroffene Obligation in Kraft lässt, kann auf den formellen Bestand der korrespondierenden Obligation keine Wirkung haben, inwiefern es sie aber umwandelt und dadurch die vertragstreue Partei schützt, soll nicht hier, sondern für das geltende Recht untersucht werden.

2. Unmöglichkeit i. e. S. der Erfüllung einer Obligation kann im zweiseitigen Vertrag eine Partei schwerem Schaden aussetzen. Es leuchtet ein, dass die praktische Seite dieser Frage die Gefahrtragung ist. Zieht der Untergang der unmöglichen Obligation nicht auch den der an sich möglichen nach sich, so muss eine Partei erfüllen, ohne die Gegenleistung zu erhalten, sie trägt also die Gefahr des Vertrages.[1] Aus der Ordnung des periculums im Kaufvertrag gewinnen die Juristen, die die Selbständigkeit der Obligationen des synallagmatischen Vertrages vertreten, deshalb das wichtigste Beweismittel für ihre Lehre.

Es ist nun unsere Aufgabe, zu untersuchen, ob im allgemeinen die Obligationen des synallagmatischen Vertrages einander insofern beeinflussen, dass die Nichtigkeit der einen auch die Nichtigkeit der korrespondierenden zur Folge hat, oder ob jede für sich ein selbständiges Dasein führt. Dabei ist man auf die indirekte Beweisführung angewiesen, weil die Quellen über das Prinzip der Abhängigkeit keine direkte Antwort geben, wie es der Gewohnheit der römischen Rechtsgelehrten entspricht, den Grundsatz aus den logischen Folgerungen erkennen zu lassen. Wir werden uns nun zunächst mit den verschiedenen Theorien beschäftigen, mit denen die wissenschaftliche Literatur in dieser Frage Stellung genommen hat. Im Anschluss werden wir dann die Rechtsgebiete

[1]) Vergleiche unten: pag. 17.

Digitized by Google

in Betrachtung ziehen, aus denen sich Rückschlüsse auf die gestellte Frage ziehen lassen, es sind das die Verteilung des periculums im Vertrag, die Bedeutung der exceptio non adimpleti contractus und schliesslich die negotia claudicantia. Die beiden letzteren Punkte dürfen kurz behandelt werden, da sie für unsere Arbeit von geringer Bedeutung sind.

---

§ 4. Selbständigkeit oder Abhängigkeit der synallagm. Obligationen?

Theorie.

In der ersten Hälfte des vergangenen Jahrhunderts vertrat die Wissenschaft die engste Zusammengehörigkeit der aus einem synallagmatischen Vertrage stammenden Obligationen.[1]) Sie entstehen und fallen dahin miteinander, die Existenz einer einzelnen für sich ist undenkbar. Der Inhalt dieses Vertrages stellt sich dar als ein Gemisch von Anspruch und Gegenanspruch, die im Prozess zusammen anhängig gemacht werden. Zum selben praktischeu Resultat kommt die verfeinerte Anschauung,[2]) dass der synallagmatische Vertrag nur eine Obligation erzeugt, die „una obligatio", die Anspruch und Gegenanspruch in untrennbarer Verbindung umfasst, so insbesondere bei Kauf, Miete, Gesellschaft. Das eine Extrem konnte nicht verfehlen, das andere in die Welt zu rufen. Eine neuere Theorie[3]) behauptet, dass eine innere Beziehung zwischen den Obligationen nur im Moment ihrer

[1]) Liebe: Stipulation. 243 ff.

[2]) v. Savigny: O. R. II. 12 f.
Mommsen: Beiträge zum O. R. I. 347 ff.

[3]) Dernburg: K mpensation. 63 ff.
Auf diesem Boden scheint auch zu stehen: Wächter: Archiv für civ. Praxis, XV, 188 ff.

Digitized by Google

Begründung bestehe, während einmal geschaffen, grundsätzlich jede ihre selbständigen Wege gehe. Was diesem Prinzip widerspricht, muss als historisch zu erklärende Zutat aufgefasst werden. Zwischen diesen Gegensätzen finden sich vermittelnde Theorien. Als erste wurde in diesem Sinne die Lehre vom Austausch[1]) der Obligationen aufgestellt. Die Abhängigkeit der Verbindlichkeiten ergebe sich nicht aus der Natur des synallagmatischen Vertrages an sich, es liege dagegen im Parteiwillen bei der Vertragsbegründung, dass nur der Erfüllung vom andern verlangen könne, der seinerseits bereits erfüllt hat, oder zu erfüllen bereit ist. Nach einer andern Anschauung erklärt sich das Synallagma aus der gegenseitigen Bedingtheit dieser Obligationen.[2])

Um die Gebiete kennen zu lernen, wo das materielle Recht im synallagmatischen Vertrag Beziehungen zwischen den Obligationen herstellt, folgen wir einer Arbeit, die die gegenseitige Beeinflussung der Verbindlichkeiten im Kaufvertrag in den einzelnen Erscheinungen analysiert. Bechmann[3]) zergliedert die Abhängigkeit in ein funktionelles und ein genetisches Synallagma. Das letztere besteht darin, dass beim Vertragsabschluss nur beide Obligationen miteinander entstehen können, nicht aber blos eine für sich allein. Das funktionelle Synallagma betrifft die Beeinflussung der Obligationen während der Dauer des Vertrages; dieses muss als zeitlich spätere Zutat aufgefasst werden, da grundsätzlich kein Abhängigkeitsverhältnis besteht, nachdem einmal die Obligationen entstanden sind. Insbesondere ist nach Bechmann die Geltendmachung der einen Obligation nicht davon abhängig,[4]) ob d e korrespondierende Obligation erfüllt sei

[1]) Keller: Bekkers Jahrbuch IV. Nr. 11.
„ Pandekten I. § 242.
[2]) Windscheid: Pandekten II. § 321.
[3]) Bechmann: Kauf, I. 540 ff.
[4]) „ Kauf, I. 543.

Digitized by Google

oder angeboten werde. Das historisch zu erklärende funktionelle Synallagma kann weiter in ein objektives und ein subjektives unterschieden werden. Das subjektive, das seinen Ausdruck findet in der exceptio non adimpleti contractus, bezweckt eine Erfüllung Zug um Zug herbeizuführen. Das objektiv funktionelle Synallagma zeigt sich darin, dass beim Veräusserungsvertrag das Eigentum erst übergeht, wenn der Kaufpreis bezahlt oder kreditiert ist, selbst wenn der Veräusserer die Sache vorher übergeben hat. Dieses Schema kann natürlich nicht allgemein auf die synallagmatischen Verträge Anwendung finden, es ist speziell auf den Kaufvertrag zugeschnitten, es lassen sich aber auch für die andern Vertragsarten ähnliche Erscheinungen nachweisen, die den Charakter des funktionellen Synallagmas zeigen.

---

§ 5. Fortsetzung: Die bestrittenen Beweismittel.

1. Die Einrede des nichterfüllten Vertrages schützt den beklagten Schuldner aus einem synallagmatischen Vertrag vor der Verurteilung auf Leistung, bis der Kläger seine Obligation erfüllt hat oder zu erfüllen bereit ist, es sei denn dass sich die Pflicht zur Vorleistung ergibt aus der Parteiabrede oder aus der besondern Natur des Vertrages wie bei der Miete. Bei der Erklärung dieses funktionellen Synallagmas, als was wir diese Erscheinung im vorigen Paragraphen bezeichnet haben, lassen sich zwei verschiedene Hauptrichtungen unterscheiden. Die eine, ältere, fasst das Recht auf Erfüllung Zug um Zug auf als ein Bestandteil des Klagefundamentes, das den synallagmatischen Obligationen immer und von Anfang an innewohne, sie geradezu charakterisierend.[1]) Die jüngere Richtung sieht hierin eine eigent-

[1]) Dabei stellt Keller, Pandekten I. 526 ab auf den dergestalt auszulegenden Parteiwillen, während Windscheid II. 205, Anmerkung 2,

Digitized by Google

liche, historisch zu erklärende Exception. Das Prinzip sei die Selbständigkeit der Obligationen, jede war ursprünglich exequierbar, unabhängig von der andern. Zugunsten der Versteigerer und schliesslich allgemein verbindlich sollte die Exception eingeführt worden sein, einerseits im Interesse der bona fides, andererseits auf Kosten der strengen Prozesspolitik.[1])

2. Die negotia claudicantia lassen ferner gewisse Beziehungen unter den synallagmatischen Verbindlichkeiten erkennen. Hier habe man den Beweis, sagen die Anhänger der Selbständigkeit, dass die eine Obligation in Kraft erwachse, während die andere nur eventuell, also vorläufig gar nicht existent sei. Auf anderer Seite will man darin gerade den Beweis dafür sehen, dass Inhalt des Vertrages Austausch der Leistungen sei, indem der Kläger seinen Anspruch nur gegen Erfüllungsangebot von seiner Seite durchsetzen könne.[2])

3. Die Gefahrtragung im synallagmatischen Vertrag. Nach herrschender Auffassung[3]) verstehen die Quellen unter dem periculum des Vertrages den Umstand, dass jemand seine Obligation erfüllen muss, ohne das Aequivalent in Gestalt der Gegenleistung oder Ersatzleistung zu erhalten. Wenn der Käufer den zufällig untergegangenen Kaufgegenstand nicht erhält, aber auch den Kaufpreis nicht zu bezahlen hat, kann nicht von Gefahrtragung gesprochen werden, selbst wenn er dabei empfindlichen Schaden erleidet. Es sind nun namentlich zwei Rechtssätze, in denen das römische Recht in der Frage der Gefahrtragung Stellung nimmt: „periculum est emptoris," und „periculum est locatoris." Diese beiden Ord-

überhaupt die gegenseitige Bedingtheit ihrer Geltendmachung annimmt. Vergleiche auch Puntschert: Fundamentale Rechtsverhältnisse 213.

[1]) Vertreter dieser Richtung: Dernburg, Kompensation, 63 ff.
Bechmann, Kauf, 568 ff.
Wächter, A. f. c. P. IV. 195 f.

[2]) Keller: vide oben.

[3]) Wächter: Archiv für civ. Praxis. XV. 111 f.

Digitized by Google

nungen widersprechen sich augenscheinlich, die Wissenschaft hat aber noch nicht vermocht, festzustellen, was die Regel ist und was die Ausnahme. Wir gehören zu denen, die die Regelung im Kaufvertrag als die ordentliche annehmen. Die Trennung des Uebergangs vom Eigentum von dem der Gefahr ist gewiss schon den Römern bedenklich vorgekommen, wie hätte man deshalb das Prinzip verlassen, um eine schlechtere Ausnahme zu machen? Umgekehrt kann man sich aus Rücksichten der Billigkeit recht wohl erklären, wieso das römische Recht dazu kam, die Ausnahme für den Mietvertrag zu statuieren, namentlich mit Rücksicht auf die soziale Stellung der römischen Wohnungsmieter. Die juristischen Erklärungsversuche des Satzes: periculum est emptoris, lassen sich in zwei Hauptgruppen unterscheiden. Die eine[1]) findet eine Begründung sehr einfach aus dem Prinzip der Selbständigkeit der synallagmatischen Obligationen, die an sich mögliche muss eben erfüllt werden. Da wir aber aus der Verteilung der Gefahrtragung Rückschlüsse ziehen wollen auf die Frage der Abhängigkeit der Obligationen, so dürfen wir nicht von diesem Standpunkte ausgehen. Die anderen Theorien suchen das periculum emptoris zu erklären aus der besondern Natur des Kaufvertrages, indem sie entweder den Untergang der Sache als fiktive Erfüllung auffassen, oder den Moment der emptio perfecta, in welchem die Gefahr auf den Käufer übergeht, in die Tradition legen, oder schliesslich den Uebergang der Gefahr rechtfertigen aus dem Wesen der Entäusserungserklärung. Nicht jeder Jurist aber, der die Gefahrtragung im Kaufvertrag aus besondern Gründen dieses Vertrages motiviert, nimmt damit ohne weiteres die Verteilung des periculums im Mietvertrag als Regel an und das periculum emptoris als Ausnahme. Zum Beispiel haben wir oben gesehen, dass Wächter die Selbständigkeit der Obli-

[1]) Dernburg, Kompensation, 63 ff.
Wächter: Archiv für civ. Praxis. XV. 116 ff.

Digitized by Google

gationen aus dem synallagmatischen Vertrag vertritt, trotzdem hält er es für notwendig, die Ordnung im Kaufvertrag aus der Fiktion der Erfüllung zu erklären, offenbar weil der Satz, periculum est emptoris, der natürlichen Auslegung einer anderen Rechtsregel widerspricht, dem „dominus sentit casum.“[1])

Mommsen[2]) stellt die Fiktion auf, dass eine Erfüllung zu erblicken sei in dem zufälligen Untergang der Kaufsache beim Verkäufer. Der Schluss ist dann gegeben, dass auch der Käufer seiner Verpflichtung nachkommen muss. Ihering[3]) sieht in dem Kaufpreisversprechen einen stillschweigenden Nebenvertrag, worin der Käufer den Verkäufer für casuellen Untergang der Kaufsache versichere. Der Jurist erreicht mit dieser Lehre, dass dem Verkäufer nicht unbedingt die Gegenleistung, sondern Ersatz des Schadens geschuldet wird, auf keinen Fall also mehrfacher Ersatz bei mehrfachem Verkauf. Man kann sich aber dem Eindruck nicht verschliessen, dass diese Lehre zu sehr dem praktischen Fall, dem Doppelverkauf, auf den Leib geschnitten ist. Unter dem Einfluss des französischen Rechts, das Eigentum mit der Konvention überträgt, haben sich Vertreter gefunden, die auch dem gemeinrechtlichen Vertragsabschluss dingliche Wirkung beilegen wollen. Auf diesem Boden steht die Abhandlung von Stintzing[4]) und die ältere Lehre Windscheids, während letzterer später seine Meinung dahin abgeschwächt hat, die Entäusserungserklärung des Verkäufers wolle das Kaufobjekt unter den Parteien bereits aus dem Vermögen des Verkäufers ausscheiden und in das des Käufers übertragen.[5]) Verwandt damit

[1]) Wächter: Archiv für civ. Praxis. XV. 188 ff.

[2]) Mommsen: Beiträge zum O. R. I. 349.

Ihm ist gefolgt Wächter (vide Anm. 1). Die Theorie stützt sich namentlich auf l. 5 § 2 D. 18,5.

[3]) Ihering: Jahrbuch für Dogmatik, III. 449 ff.

[4]) Stintzing: Archiv für civ. Praxis. X. 177 ff.

[5]) Windscheid: Pandekten, II. 235, Anmerk. 19.

Digitized by Google

ist die Auffassung von Brinz.[1]) Der Jurist hält fest an dem Satz „dominus sentit casum", versteht aber unter dem dominus nicht den Eigentümer, sondern denjenigen, der die Sache haben soll, respektive wirtschaftlich gut hat; das ist aber im Verkehrsleben der Erwerber. Umgekehrt verlegt Puntschart[2]) den Moment der Perfektion, in der der Uebergang der Gefahr stattfindet, nicht schon in die Konvention, sondern erst in die Tradition, deren Begriff er dabei sehr erweitert.

Aus der Betrachtung der verschiedenen Theorien über die gegenseitigen Beziehungen synallagmatischer Obligationen und der zu Rückschlüssen in dieser Frage geeigneten Rechtsgebiete, erkennen wir die Tendenz, im Grundsatz die Selbstständigkeit der Obligationen anzuerkennen und nur da Beziehungen unter denselben eintreten zu lassen, wo die Quellen ausdrücklich ein Synallagma aufstellen. Die von uns gestellte Frage beantwortet sich demnach: Wo nicht Gesetz oder Vertrag etwas anderes vorsehen, wird im synallagmatischen Vertrag der Schuldner von seiner Leistungspflicht nicht befreit, wenn er die Gegenleistung wegen Unmöglichwerden der Erfüllung nicht erhält.

---

[1]) Brinz: Pandekten, II. 319.

[2]) Puntschart: Fundamentale Rechtsverhältnisse, 217 ff.

Digitized by Google

II. Teil:

Das schweiz. Obligationenrecht.

§ 6. Allgemeines.

Wir haben in unserem ersten Teil gesehen, wie kompliziert das gemeine Recht das Nichterfüllenkönnen zu zergliedern sucht in ursprüngliches und nachträgliches, objektives und subjektives, rechtliches und natürliches etc. Unser Gesetzbuch berücksichtigt einfach drei Tatbestände des Nichterfüllenkönnens und überlässt es der Auslegung, die wissenschaftlichen Begriffe einzuordnen. Diese Regelung stammt aus den Rechten der welschen Kantone[1]) vor Einführung des eidgenössischen Gesetzbuches und damit indirekt aus dem code civil français, mit dem diese kantonalen Rechte fast wörtlich übereinstimmen, abgesehen davon, dass der code Napoléon in einzelnen, heute schweizerischen Gebieten, Gesetzeskraft hatte.[2])

Diese drei Tatbestände finden sich im allgemeinen Teil des Obligationenrechts und zwar in Art. 17 unter dem Titel: „Entstehung der Obligation", ferner in den Art. 110 ff. unter dem Titel: „Wirkung der Obligation" und schliesslich in Art. 145 unter dem Titel: „Erlöschen der Obligation". Aus dieser Einreihung in die systematische Gliederung des Gesetzes müssen wichtige Folgerungen gezogen werden, denn auch unser geltendes Recht knüpft verschiedene Wirkungen

[1]) Civilgesetzbuch von Waadt, in Kraft getreten 1821; von Freiburg, O. R. 1850; von Wallis und Neuenburg, O. R. 1855.

[2]) Kanton Genf und der neue Kantonsteil von Bern.

Digitized by Google

an den Tatbestand des Nichterfüllenkönnens, jenachdem er sich charakterisiert durch zeitliche oder materielle Momente. Der Sprachgebrauch des Gesetzes fasst unter den Begriff „Unmöglichkeit“ nur diejenigen Erfüllungshindernisse, die wir im ersten Teil als Unmöglichkeit im engeren Sinne bezeichnet haben, das Nichterfüllenkönnen, das wir als Unvermögen darstellten, ist im Gesetzestext nicht benannt. Wir behalten deshalb den Begriff des Unvermögens bei.

---

1. Abschnitt: Ursprüngliche Unmöglichkeit.

Art. 17 O. R.

„Gegenstand des Vertrages kann nur eine Leistung sein, welche möglich . . . . ist.“

---

§ 7. Ihre Voraussetzungen.

E contrario ergibt sich der Satz: Vertragsinhalt kann nicht eine unmögliche Leistung sein. Wann ist eine Leistung unmöglich im Sinne dieses Artikels? Erstes Erfordernis ist ein der Form nach gültig abgeschlossener Vertrag. Wo es sich bloss um Vorverhandlungen handelt, kann die Unmöglichkeit der Erfüllung noch nicht in Frage kommen. Die weiteren Voraussetzungen lassen sich abgrenzen in Momente, die den Zeitpunkt des Eintretens der Unmöglichkeit betreffen, und materielle Momente, die sich auf die Natur der Unmöglichkeit an sich beziehn.

Digitized by Google

1. Zeitliche Umgrenzung: Wir haben schon früher unterschieden, dass die Unmöglichkeit der Erfüllung schon im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vorliegen, oder erst später, zwischen Perfektion und Erfüllung der Obligation eintreten kann. Aus der Einordnung des Art. 17 unter den Titel der Entstehung der Obligation schliessen wir, dass unter diesen Artikel nur die ursprüngliche Unmöglichkeit fallen kann. Soll die von den Parteien gewollte und formell abgeschlossene Obligation nicht entstehn, so muss der Zustand des Nichterfüllenkönnens schon bei der Begründung feststehn. Tritt das Ereignis, das die Unmöglichkeit herbeiführt, nach dem Vertragsabschluss ein, kann die Verbindlichkeit wohl noch erlöschen, aber eine Rückwirkung dahingehend, das Obligationsverhältnis in seiner ganzen Existenz zu verleugnen, ist undenkbar. Als 2. Erfordernis zur Geltendmachung des Art. 17 stellen wir deshalb auf: Die Leistung muss von Anfang an unmöglich sein.

Wie ist es aber zu halten bei Verbindlichkeiten, wo Vertragsabschluss und Entstehung der Leistungspflicht, die actio nata[1]), zeitlich auseinander fallen, beim bedingten und befristeten Vertrag? Muss die Unmöglichkeit schon im ersteren Momente vorliegen, oder genügt es im letzteren? Das Obligationenrecht scheint sich nach seinem Wortlaut für den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zu entscheiden, wenn es von der Entstehung des Vertrages spricht und nicht von der Entstehung der Obligation, denn die Perfektion des Vertrages, auch des bedingten und befristeten, liegt in den übereinstimmenden Willensäusserungen der Parteien. Es spricht ferner für unsere Auffassung per analogiam, dass ein wegen mangelnder Handlungsfähigkeit oder Vertragsfähigkeit oder wegen Willensmängeln ungültiger oder einseitig unverbindlicher Vertrag nicht

[1]) Von dem Begriff der actio nata ist zu unterscheiden die blosse Fälligkeit, wo die Leistungspflicht bereits besteht, aber ihre Durchführbarkeit aufgeschoben ist, wie beim Termin.

Digitized by Google

geheilt wird, wenn der Fehler vor Eintritt der Bedingung sich hebt. Obschon unsere Auffassung in der gemeinrechtlichen Wissenschaft[1]), wie auch bei den Interpreten des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches[2]) lebhaft bestritten wird, glauben wir auch eine logische Ueberlegung für sie anführen zu können. Wenn die Rechtsordnung eine anfänglich unmögliche Obligation nicht schützt, so stellt sie dabei nicht auf den Parteiwillen ab, sie setzt sich vielmehr häufig ihm entgegen[3]), denn eine Auflösung des Vertragsverhältnisses mit Schadenersatzfolge wäre an sich möglich. Die Beifügung einer Bedingung oder Befristung liegt in der Hand der Parteien und kann desshalb auf das abstrakte Rechtsgebot keinen Einfluss ausüben. Wir ergänzen unseren Schlusssatz: Ursprünglich ist die Unmöglichkeit, die im Momente des Vertragsabschlusses vorliegt.

2. Materielle Umgrenzung. Der Leistungsinhalt eines Vertrages setzt sich regelmässig zusammen aus einer Mehrheit von einzelnen Punkten, die von den Parteien ausdrücklich verabredet, vom Gesetze geordnet, oder als stillschweigender Parteiwille substituiert werden. Die Unmöglichkeit der Erfüllung kann desshalb auch bloss eine teilweise sein, wenn nämlich nur einem oder einzelnen Bestandteilen der Leistungspflicht nicht nachgekommen werden kann. Aus praktischen Gründen lässt man in diesem Fall die Wirkung sich nicht auf das ganze Vertragsverhältnis ausdehnen, wenn es sich bloss um unwesentliche Bestandteile des Leistungsinhaltes handelt und angenommen werden kann, dass die Parteien

[1]) Für den Zeitpunkt der actio nata entscheidet sich z. B. Mommsen: Beiträge zum O. R. I. 131.

[2]) Kleineidam: Unmöglichkeit und Unvermögen im B. G. B. 30. Massgebend für die Wahl des spätern Moments ist ihm die Ueberlegung, dass „die von der Bedingung abhängig gemachte Wirkung und damit der für die Praxis erheblichere Moment, in welchem das aus dem bedingten Vertrage fliessende Recht als ein in sich gefertigtes in die Aussenwelt tritt, erst mit dem Eintritt der Bedingung entsteht."

[3]) Mit uns einverstanden, Kisch: Unmöglichkeit der Erfüllung, 28.

Digitized by Google

trotz Kenntnis dieser Unmöglichkeit sich verpflichtet hätten. Letztere muss im Sinne unseres Artikels eine totale, oder doch wesentliche Punkte betreffende sein.

Weit schwieriger zu beantworten ist die Frage, wann man überhaupt von Unmöglichkeit der Erfüllung sprechen kann. Nach dem strengen Wortlaut des Gesetzes liegt diese nur vor, wenn die Leistung absolut unmöglich ist. Aus der Natur der bonae fidei negotia ergibt sich aber, dass der Leistungspflicht eine Grenze gezogen werden muss. Könnte nämlich der Schuldner wohl erfüllen, aber nur unter einem Kräfte- oder Vermögensaufwand, der mit dem beim Vertragsabschluss vorauszusehenden in keinem Verhältnis steht, so muss auch darin die Unmöglichkeit der Erfüllung erblickt werden. Ich kaufe zum Beispiel aus dem wenige Exemplare umfassenden Vorrat eines Blumenhändlers eine kostbare Orchidee. Ohne dessen Wissen sind ihm sämtliche Stücke dieser seltenen Art im Treibhaus erfroren. Er könnte sich zwar diese Blume verschaffen aus dem Garten eines Privaten, der zur Abtretung bereit ist, aber nur gegen einen horrenden Liebhaberpreis. Dem Blumenhändler darf dieser Vermögensaufwand zur Erfüllung seiner Vertragspflicht nicht zugemutet werden, es ist ihm vielmehr die Leistung unmöglich. Es lassen sich über diese materiellen Grenzen der Unmöglichkeit keine allgemeinen Regeln aufstellen, jeder einzelne Tatbestand ist zu prüfen nach „Quantität, Qualität, Zeit und Ort[1]),“ und zwar mit um so grösserer Vorsicht, je differenzierter die Vorbedingungen für die Erfüllung sind. Während bei den Obligationen auf ein facere oder non facere die persönlichen, körperlichen oder geistigen Fähigkeiten, und ihre Intensität im Verhältnis zur kontraktlichen Erfüllungspflicht, in Betracht fallen, kommen beim Veräusserungsvertrag in Frage die rechtliche und faktische Gewalt über den Leistungsgegenstand. In seiner Arbeit über die Unmöglichkeit im

[1]) Kleineidam: Unmögl. u. Unvermögen im B. G. B.

Digitized by Google

B. G. B. führt Kisch[1]) als solche zu berücksichtigende Umstände bei der Gattungsverbindlichkeit an: „Grössere oder geringere Vertretbarkeit, Umfang der Gattung, Verhältnis von Angebot und Nachfrage, räumliche Entfernung, Erreichbarkeit der Bezugsquellen, vor Allem die zur Beschaffung notwendigen Vermögensmittel. — Es kommt auch nicht allein darauf an," fährt später der Jurist fort, „ob die Leistung tatsächlich erbracht werden kann, sondern auch darauf, ob sie aus andern Gründen dem Schuldner zugemutet werden darf." Als Beispiele dieser Art nennt er: Gefahr für Leib und Leben, Gesundheit und Sittlichkeit, oder wenn die Erfüllung in Konflikt mit Berufspflichten kommen, oder wenn das öffentliche Interesse sie verbieten würde. Es ist aber klar, dass die praktische Rechtsprechung mit dieser extensiven Interpretation des Unmöglichkeitsbegriffes sehr vorsichtig sein muss, und dass das strenge Recht des Gläubigers auf Erfüllung nicht unbedeutender Umstände wegen verletzt werden darf. Wir fassen diese Voraussetzung in den Worten zusammen: Ob die Erfüllung der Obligation unmöglich ist, muss unter Würdigung aller Umstände entschieden werden.

Es erübrigt uns noch, die Unmöglichkeit des Art. 17 in einer letzten aber wichtigsten Richtung abzugrenzen, nach ihren Beziehungen zu der Person des Schuldners. Das Nichterfüllenkönnen muss objektiv sein, sagen die Kommentatoren[2]) unseres Obligationenrechts, es darf nicht begründet sein in den persönlichen Verhältnissen des Schuldners, sondern es muss jeden Dritten auch treffen, also in dem Gegenstand der Obligation liegen. Ohne Bedeutung ist dabei, ob das Hindernis seinen Grund hat in der Rechtsordnung, oder aus der Natur des Leistungsgegenstandes zu erklären ist. Analog zu behandeln ist auch die Unmöglichkeit, die in der Person des Gläubigers ihre Ursache hat. Im ersten Teil unserer

[1]) Kisch: Unmöglichkeit im B. G. B. 12 f.
[2]) Z. B. Haberstich: Handbuch des O. R. I. 85.

Digitized by Google

Arbeit haben wir gesehen, welch' verschiedene Bedeutung man dem Begriff der objektiven Unmöglichkeit beilegt, wir möchten ihn deshalb auch hier vermeiden und ersetzen durch „Unmöglichkeit im engeren Sinne“ mit dem Kriterium, dass immer die Erfüllung auch jedem Dritten unmöglich ist. Denn auch jener Spezialfall von subjektiver Unmöglichkeit, den wir dort der Unmöglichkeit im engeren Sinne unterstellt haben, fällt unseres Erachtens unter Art. 17. Ist nämlich persönliche Erfüllung des Schuldners ein wesentlicher Bestandteil des Vertrages, so erblicken wir auch in bloss subjektivem Nichterfüllenkönnen eine Unmöglichkeit im engeren Sinne, indem eine Erfüllung durch Dritte ausgeschlossen ist. Diese persönliche Leistungspflicht hat ihren Grund entweder in einem Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien, wie beim Dienstvertrag, oder in der Voraussetzung besonderer Kunstkenntnisse auf einer Seite. Zum Beispiel: Ich verpflichte mich, den Engländer X. im Monat September auf seiner Schweizerreise zu begleiten, wissend, dass ich auf jenen Zeitpunkt zu einer militärischen Uebung eingezogen werde, oder ich gehe ohne alle chirurgischen Kenntnisse die Verbindlichkeit ein, eine Operation vorzunehmen. Haberstich[1]) lässt in diesen Fällen grundsätzlich den Vertrag zu Stande kommen, obschon die Erfüllung durch Dritte ausgeschlossen ist, „wenn aber der Gläubiger wusste oder wissen musste, dass der Schuldner ausser Stande sei, die Leistung zu machen, so wird sehr oft Grund vorhanden sein, anzunehmen, dass der Gläubiger sich arglistig benommen habe, oder dass es sich nicht um ein ernsthaftes Versprechen handle.“ Wir erkennen daraus das Bestreben, solche Verträge beseitigen zu können, und in der Tat wäre eine Auflösung des Vertrages durch Schadenersatzfolge gemäss Art. 110 ff. in den meisten Fällen unbillig, oder aber kein Schaden zu liquidieren. Der Weg aber, den Haberstich einschlägt, dem

[1]) Haberstich: Handbuch des O. R. I. 85.

Digitized by Google

Schuldner diesen Beweis aufzubürden, scheint uns unpraktisch; das Gesetz erlaubt unsere Auslegung des Unmöglichkeitsbegriffes, und eine Gefahr für das Verkehrsleben liegt deshalb nicht vor, weil praktisch nur ein Irrtum den Schuldner zu der unmöglichen Verpflichtung veranlassen kann[1]). Als letzte Voraussetzung zur Geltendmachung des Art. 17 stellen wir auf: Die Erfüllung der Obligation darf nicht nur dem Schuldner, sondern sie muss jedem Dritten unmöglich sein.

---

§ 8. Ihre Wirkung.

Die vertragsgemässe Erfüllung einer im Sinne des Art. 17 unmöglichen Obligation kann aus natürlichen Gründen nicht stattfinden. Es ist nun zu prüfen, ob vielleicht das Recht unter den Parteien andere kontraktliche Verpflichtungen entstehen lässt, oder ob das ganze Vertragsverhältnis erlöscht. Wir erinnern uns, dass das gemeine Recht einen Schadenersatzanspruch anerkennt gegen den Schuldner, der um diese Unmöglichkeit gewusst, oder fahrlässig nicht gewusst hat und dem Gegenkontrahenten durch das nutzlose Paktieren Schaden verursacht hat. Dieser Anspruch umfasst den Ersatz des infolge der Täuschung entstandenen Schaden und wird mit der Vertragsklage geltend gemacht. Wir erinnern uns aus der Uebersicht des gemeinen Rechts auch der verschiedenen Theorien zur Erklärung dieser Ersatzpflicht, die sich in zwei Hauptgruppen unterscheiden lassen. Die Einen halten trotz dieses Anspruchs an der Nichtigkeit unmöglicher

[1]) Die Verpflichtung zu Dienstleistungen gegenüber zwei oder mehreren Gläubigern für dieselbe Zeit darf nicht unter diesem Gesichtspunkt beurteilt werden. Es handelt sich hier nicht um ursprüngliches Nichterfüllenkönnen, denn der Schuldner hat bis zum Dienstantritt die Wahl, welcher der verschiedenen Verpflichtungen er nachkommen will. Bis zu diesem Moment kann also jede Obligation erfüllt werden und ist deshalb möglich.

Digitized by Google

Obligationen fest, die Andern sehen in dem Ersatzanspruch den Beweis, dass die Obligation doch wirksam sei. Für die modernen Gesetzgebungen sind wir diesbezüglich im Klaren. Das französische Recht[1]) hat die Nichtigkeit des Vertrages ausgesprochen und auf demselben Boden steht unser Art. 17 und neuerdings das deutsche Recht.[2]) Es lässt sich nun aber denken und ist für das gemeine Recht verfochten worden, dass die Unmöglichkeit der Erfüllung, selbst im einseitigen Kontrakt, nur den Gegenstand der Obligation, die Erfüllungspflicht des Schuldners, vernichte, dass dagegen der abstrakte Vertrag bestehen bleibe, respektive entstehe, und die Kraft habe, aus sich heraus eine vera obligatio, den Ersatzanspruch zu erzeugen. Dafür fehlt aber im Obligationenrecht jeder Anhaltspunkt. Wir können uns überhaupt mit dieser Auffassung nicht befreunden. Das Nichtentstehen der Leistungspflicht des Schuldners nimmt dem Vertrag die Seele, was soll die leere Form bedeuten, die nur geschaffen wurde, um den Erfolg der Erfüllung herbeizuführen; denn es ist für uns undenkbar, dass den Parteien der Wille unterschoben werden könne, eventuell eine Ersatzleistung zu wollen, für den Fall, wo die Leistung von Anfang an unmöglich ist. Endlich könnte man von einem letzten Gesichtspunkt aus dazukommen, dem Gläubiger bei anfänglicher Unmöglichkeit Schadensersatz auf der Grundlage des Vertrages zuzusprechen. § 307 des deutschen B. G. B. statuiert hier, gestützt auf die Lehre von Ihering, die Haftung für culpa in contrahendo auf das negative Vertragsinteresse, nach oben begrenzt durch das positive Interesse. In der Einlassung zum Kontrahieren sieht man, selbst wenn ein Vertrag nicht zustande kommt, ein Ueberschreiten der ausserkontraktlichen Haftung für culpa in faciendo auf das Gebiet der strengeren kontraktlichen Haftung, die culpa in non faciendo einschliesst. Es haftet

[1]) Vergl. z. B. für den Kauf c. c. Art. 1601 und Demolombe B. XXIV, p. 297. Cours de code Napoléon.

[2]) B. G. B. § 306.

Digitized by Google

demnach jeder Kontrahent für den Schaden, der beim Paktieren aus dem dolosen oder culposen Verschweigen der Unmöglichkeit erwächst. Nun findet sich allerdings für gewisse Fälle auch in unserem Obligationenrecht die Haftung für culpa in contrahendo,[1]) nämlich in Art. 5 II beim Distanzgeschäft, in Art. 23 bei Nichtigkeit wegen geltendgemachtem Irrtum, in Art. 43 II bei der Vollmacht; eine allgemeine Anerkennung dieses Haftungsprinzips ist aber nirgends ausgesprochen, und es darf daher in Art. 17, sowie auch in Art. 145, mangels einer positiven Bestimmung, eine Haftung aus dem Vertrage für culpa in contrahendo nicht angenommen werden.[2])

Wir ersehen aus dieser Erörterung, dass unser Gesetzbuch die Anstellung der Vertragsklage aus einem wegen Unmöglichkeit nichtigen Vertrage ausschliesst und damit jede Ersatzpflicht auf vertraglicher Grundlage ablehnt. Liegt dagegen in dem Verschweigen der Unmöglichkeit der Erfüllung eine unerlaubte Handlung, so kann natürlich der geschädigte Teil nach Massgabe der Art. 50 ff. seinen Schaden einklagen. Insofern ersetzen also unsere Bestimmungen über die unerlaubte Handlung die Haftung für culpa in contrahendo,[3]) wie überhaupt vertragliches Unrecht im Grundsatz auch auf ausserkontraktlichem Wege, aquilisch, verfolgt werden kann. Immerhin ist das grössere Wirkungsgebiet der Art. 50 ff. deliktischer Natur.

Während also das deutsche Recht, dem gemeinen folgend, den aus dolosem oder culposem Verschweigen der Nichterfüllbarkeit entstandenen Schaden mit der Vertragsklage liquidiert, verweist unser Recht auf die Deliktsklage, das französische System adoptierend.[4]) Abgesehen davon, dass

[1]) Melliger: culpa in contrahendo, 77 ff.
[2]) Marcusen: Zeitschrift des bern. Jur.-V. XXVI. 182 ff.
[3]) Melliger: culpa in contrahendo, 62.
[4]) Anwendbar im franz. Recht sind die Art. 1382 ff. c. c. Vergl. Demolombe: XXIV. 297.

Digitized by Google

damit dem Geschädigten der schwierige Beweis der Causalität aufgebürdet wird, wird dessen Stellung auch dadurch verschlechtert, dass der Begriff des deliktischen Verschuldens die culpa in non faciendo regelmässig nicht einschliesst. Da sich das Verschweigen der Unmöglichkeit der Erfüllung als eine solche Unterlassung darstellt, wird in den meisten Fällen die Klage aus unerlaubter Handlung versagen, es sei denn, dass falsche Tatsachen vorgespiegelt wurden. Allgemein betrachtet verdient das französisch-schweizerische System unseres Erachtens den Vorzug, weil der dolose Kontrahent, der die Unmöglichkeit der zu begründenden Obligation kennt, eine selbständige und bestimmte böse Absicht hat, und sich des Vertragsverhältnisses nur bedient, zum Zwecke, den gewollten Erfolg herbeizuführen.

Die Wirkung der Unmöglichkeit der Erfüllung im Sinne des Art. 17 O. R. besteht also darin, dass der Vertrag gar nicht zustande kommt und keine vertraglichen Verpflichtungen entstehen. Ist der gewollte Vertrag ein synallagmatischer, so kann auch die an sich mögliche, korrespondierende Obligation nicht entstehen, da sie im Moment der Entstehung ein Bestandteil des nichtigen Vertrages ist.

---

2. Abschnitt: Das Unvermögen. Art. 110 ff. O. R.

---

§ 9. Allgemeines.

Jede Obligation bezweckt einen bestimmten Erfolg, der in der Regel durch die Erfüllung erreicht wird, zum Beispiel den Uebergang eines Gegenstandes aus dem Vermögen des Verkäufers in das des Käufers. Der Eintritt dieses Erfolges

Digitized by Google

kann auf doppelte Weise verhindert werden durch den Schuldner.

1. Der Verpflichtete weigert sich böswillig zu erfüllen, obschon er die Macht zur Leistung hätte. In diesem Falle kann von Unvermögen zur Erfüllung nicht gesprochen werden, denn das Hindernis liegt blos in dem renitenten Willen des Verpflichteten. Dem Schuldner darf nun im allgemeinen nicht die Macht gegeben werden, durch sein Nichtleisten den Gläubiger zu zwingen, sich mit Schadensersatz zu begnügen. Der Gläubiger hat ein Recht auf Erfüllung, so lange eine solche möglich ist; es stehen ihm zur Durchführung dieses Rechts die Exekutionsverfahren, eventuell mit Inanspruchnahme der Polizei zur Verfügung, nach Massgabe der kantonalen Vollstreckungsgesetze und des Schuldbetreibungsgesetzes, insofern es sich um Pfandverwertung handelt.[1]) Der Gläubiger ist aber nicht gezwungen, die Exekution durchzuführen, diese ist nur sein Recht, nicht seine Pflicht; es stehen ihm auch die Rechte der Art. 110 ff. O. R. über die Folgen der Nichterfüllung zur Verfügung. Obschon dieser Tatbestand nicht in das Gebiet unserer Arbeit fällt, ist seine Herbeiziehung gelegentlich notwendig, da er denselben gesetzlichen Bestimmungen unterliegt, wie das Unvermögen.

2. Regelmässig ist die Nichterfüllung nicht in einem Mangel am Wollen des Schuldners, sondern an dessen Können begründet. Sofern die Voraussetzungen des folgenden Paragraphen gegeben sind, bezeichnen wir diese Fälle als Unvermögen. Hindernisse der verschiedensten Art können dergestalt der Leistung entgegentreten, doch lassen sie sich sofort wieder in zwei Gruppen trennen. Entweder tritt das Unvermögen infolge eines Ereignisses ein, wodurch eine

[1]) Das Recht der Zwangsvollstreckung ist für die Obligationen faciendi und non faciendi regelmässig ausgeschlossen, da in diesen Fällen mit der Exekution die persönliche Freiheit verletzt würde; immerhin sind derartige Fälle schon vorgekommen. Vergl. schweiz. Blätter für handelsgerichtl. Entsch. III. 373. Demolombe: XXIV. 489.

Digitized by Google

Leistung offensichtlich verunmöglicht wird; der Schuldner vernichtet zum Beispiel die geschuldete species; oder es ist ungewiss, ob der Schuldner seine Verbindlichkeit wird erfüllen können, bis der letzte Moment herangekommen ist, in dem eine Leistung überhaupt stattfinden kann; der Schuldner kann sich zum Beispiel wegen Geldmangel den Leistungsgegenstand nicht verschaffen. Daraus folgt eine wichtige Unterscheidung; wird die Obligation durch irgend ein Ereignis offensichtlich unerfüllbar, so treten sofort die Folgen der Nichterfüllung ein; andernfalls muss die Fälligkeit, in Verzug Setzung des Schuldners herbeigeführt werden, bis sich schliesslich im letzten Moment das Unvermögen herausstellt.

---

§ 10. Voraussetzungen des Unvermögens.

Das Unvermögen zur Erfüllung in der Person des Schuldners hat zwei natürliche Voraussetzungen:

1. Dass er erfüllen sollte, das heisst, dass ein gültiger Vertrag zustande gekommen ist, und damit werden die Fälle ausgeschlossen, die wir als unter Art. 17 fallend bezeichnet haben, wo eine Verpflichtung des Schuldners gar nicht entstanden ist; und

2. dass er tatsächlich nicht erfüllen kann.

Es ist zunächst ohne Bedeutung, ob die Nichterfüllbarkeit durch ein Ereignis herbeigeführt wurde, oder die Folge eines Zustandes in der Person des Schuldners ist, wie Mittellosigkeit. Ferner kommt nicht in Betracht, ob das Nichterfüllenkönnen schon im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses feststand, oder später zwischen Konvention und Fälligkeit sich herausstellt, wenn nur eine Obligation ins Leben gerufen wurde. Jedes Ereignis, das nicht vom Schuldner ver-

Digitized by Google

ursacht wurde, stellt sich, von dessen Standpunkt aus betrachtet, als Zufall dar, sei es das Walten der Naturkräfte, sei es die Tätigkeit des Gläubigers oder eines andern Menschen. Das Nichterfüllenkönnen, das auf wirtschaftlicher Schwäche des Schuldners beruht, gründet sich auf das Fehlen des zur Erfüllung nötigen Rechtes, oder der äusserlichen Macht, oder auf beides zusammen.

Letzte Voraussetzung, die das Unvermögen abgrenzt gegenüber der nachträglichen Unmöglichkeit, ist, dass die Nichterfüllung vom Schuldner nicht vertreten werden muss. Für die Frage der Vertretbarkeit ist noch Art. 110 grundsätzlich massgebend, ob das Nichterfüllenkönnen vom Schuldner verschuldet wurde. Ausnahmsweise steigert unser Gesetz die vertragliche Haftung, indem es die Exkulpation des Schuldners auf einige ausdrücklich genannte Fälle eingrenzt, so in den Art. 318, 457, 465, 486, 488.[1]) Weitergehend spricht es die Haftung für jeden Zufall aus in den Art. 118, 322, 470 II, 476, unter einer Kautel, die wir später erörtern werden. Mit unbedeutenden Ausnahmen kann durch Parteiabrede die Haftung im Vertrage in diesem Sinne gesteigert werden.[2])

Um unser Obligationenrecht in diesem schwierigen Punkte zu verstehen, müssen wir auf seine Quellen zurückgreifen.

Das römische Recht gründet den Schadensersatz in und ausser Vertrag auf das Verschulden des Ersatzpflichtigen.[3]) [4]) Germanischen Ursprungs ist die Tendenz, die Haftung im Vertragsverhältnis auf den Zufall auszudehnen. Wir halten

[1]) Vergl. ferner Bundesgesetz betr. Eisenbahntransport. Art. 4, 5, 7, 23 und Bundesgesetz betr. Hapftpflicht der Eisenbahn-Unternehmungen. Art. 1, 2, 3.

[2]) Umgekehrt kann Gesetz oder Vertrag die Haftung des Schuldners auch mildern.

[3]) Ihering: Das Schuldmoment im römischen Privatrecht.

[4]) Wenn auch mit umgekehrter Beweislast: Mommsen: Beiträge zum O. R. I. 230 f.

Digitized by Google

das römische Prinzip für viel reifer. Die Folgerung, „du hast Leistung versprochen, du musst leisten," entspringt einem Formalismus, der in der Achtung vor der Form übersieht, dass sie nur Mittel zum Zweck ist, und über ihr der wahre Parteiwille steht.

Die deutschrechtliche Auffassung ist durchgeführt im code civil français. Art. 1147 qualifiziert die Nichterfüllbarkeit als Unvermögen, wenn sie nicht auf eine vom Schuldner unverschuldete, fremde und von diesen nicht zu vertretende Ursache zurückzuführen ist. „Le débiteur est condamné, ... toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part." Die cause étrangère wird umschrieben in Art. 1148 c. c. f. als force majeure und cas fortuit. Was die Franzosen unter diesen Begriffen verstehen, ist nicht ganz klar; sie werden bald einzeln, der eine für den andern, bald zusammen kumulativ angewendet. Ein Definitionsversuch, aber in sehr vager Form, findet sich bei Demolombe:[1]) „la force majeure exprime plutôt, disait-on, l'idée d'un accident de la nature; tandisque le cas fortuit exprime plutôt l'idée d'un fait de l'homme."

Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist die Pflicht zum Schadensersatz die direkte Folge der Nichterfüllung. Wir lassen dahingestellt, ob das Verschulden des Ersatzpflichtigen gar nicht in Betracht kommt, oder ob es iure et de iure präsumiert wird. Nur wenn das Nichterfüllenkönnen durch ein äusseres, dem Schuldner fremdes Ereignis herbeigeführt wurde, ist dessen Verschulden auch nach französischem Recht Voraussetzung des Unvermögens. Art. 1147 c. c. f. präsumiert aber, dass das vernichtende Ereignis mit einem fehlerhaften Verhalten des Schuldners im Zusammenhang stehe und bürdet damit diesem die Beweislast auf, die Abwesenheit eines solchen Verschuldens darzutun.

[1]) Demolombe: XXIV. 549.

Digitized by Google

Es ist klar, dass dieses System, das die Schadensersatzpflicht allein auf das Versprechen der Erfüllung gründet, und nicht ein Verschulden voraussetzt, dessen Abwesenheit wenigstens erwiesen werden dürfte, Härten mit sich bringen muss. Aus praktischen Gründen hat man denn auch versucht, dem Gesetz einen andern Sinn unterzuschieben;[1]) der klare Wortlaut kann aber diesbezüglich keinen Zweifel walten lassen, und es ist interessant, wie sich Demolombe[2]) über diese Ordnung ausspricht: „Il (le débiteur) peut être de bonne foi, sans doute; il peut même être malheureux et à plaindre! Mais il n'en est pas moins débiteur, et tenu par conséquent de remplir son obligation, soit réellement, soit par équivalent, au moyen de dommages-intérêts.“ Die Kantone der welschen Schweiz, die französisches Recht recipierten, ohne den code civil français geradezu als Gesetzbuch zu haben, sind in dieser Ordnung alle dem Mutterrechte gefolgt.[3]) In Art. 1536 des freiburgischen Zivilgesetzbuches ist aber der Auffassung Ausdruck gegeben, dass die Ersatzpflicht des Schuldners sich nicht schon auf das Versprechen der Erfüllung gründet, sondern auf das Verschulden, das in der Nichterfüllung liegt. Für dieses Verschulden besteht aber unter allen Umständen eine präsumtio-iuris; und de iure, wenn die Nichterfüllbarkeit nicht durch eine cause étrangère herbeigeführt wurde.

Der Munzingersche Entwurf zu einem schweizerischen Obligationenrecht[4]) hat diese Einschränkung des Entlastungsbeweises aufgenommen; in den folgenden Entwürfen und in der endgültigen Redaktion ist sie dagegen fallen gelassen worden, ohne dass man aus der Literatur über die Vorarbeiten den Grund dafür ersehen könnte. Heute ist nach

[1]) Zachariae: Franz. C. R. bearbeitet von Crome. II. 278.

[2]) Demolombe: XXIV. 548.

[3]) C. G. B. von Waadt: Art. 848, 849; Freiburg: Art. 1239—41; Wallis: 1030—1; Neuenburg: 926.

[4]) Gedruckt 1875.

Digitized by Google

Art. 110 O.-R. Voraussetzung des Unvermögens ein Verschulden, wobei allerdings durch Umkehrung der Beweislast die Vermutung besteht, dass die Nichterfüllung eine verschuldete sei. Nun ist behauptet worden,[1]) dass unser Obligationenrecht trotzdem auf französischem Boden stehe, dass insbesondere auch bei uns die enge Begrenzung des Exkulpationsbeweises auf die cause étrangère gelte. Denn nichts anderes kann man darunter verstehen, wenn man vom Schuldner „den positiven Beweis einer befreienden Tatsache“[2]) verlangt, oder sich ausdrückt: „Nur ein Ereignis, welches die Handlung unmöglich machte, für welches er (der Schuldner) aber nicht einzustehen hat, befreit den Schuldner von der Schadensersatzpflicht.“[3])

Die folgenden Bedenken hindern uns, dieser Auffassung beizupflichten. Es ist gewiss nicht zufällig geschehen, dass die Einschränkung des Exkulpationsbeweises plötzlich aus den Entwürfen verschwunden ist. Wir stimmen Rossel[4]) bei, wenn er sagt: „Mais l'inexécution n'est point, comme en droit français, auquel notre loi ne semble pas avoir emprunté sa théorie de la faute du débiteur, imputable à celui-ci, à raison de son simple fait, et en dehors même de tout dol ou de toute négligence de sa part.“ Woher diese Regelung stammt, ist klar, es sind die Grundsätze des gemeinen Rechts. Schliesslich kennt unser Recht die gesteigerte Haftung, die nur vor Zufall und höherer Gewalt zurücktritt, auch in den zitierten Artikeln 318, 457, 465, 486, 488; gerade daraus aber, dass sie hier als Ausnahme aufgeführt ist, erkennen wir die mildere Haftung als Regel. Darin gehen wir allerdings mit Haberstich[5]) einig, dass der Schuldner sich nicht befreien kann durch den Nachweis, es falle ihm neben der Tatsache

[1]) Haberstich: Handbuch des O. R. I. 224 ff.
[2]) Cod. l. 229—30.
[3]) Cod. l. 228.
[4]) Rossel: Manuel du droit des obligations, 151.
[5]) Haberstich: Handb. I. 225.

Digitized by Google

der Nichterfüllung nicht eine besondere böse Absicht oder Fahrlässigkeit zur Last. Wir helfen uns aber dabei nicht mit dem französischen Prinzip des strengen Formalismus, sondern mit der richtigen Auslegung des kontraktlichen Verschuldensbegriffes.

Unseres Erachtens muss der Schuldner mit allen seinen Entschuldigungen gehört werden, die geeignet sind, dem Richter die Ueberzeugung beizubringen, dass ihn keine Schuld an der Nichterfüllung treffe. Nun ist ja zuzugeben, dass Entschuldigungsgrund regelmässig ein Ereignis, höhere Gewalt oder Zufall, wozu auch ein Hindernis in der Person des Gläubigers gehört, sein wird, damit erschöpft sich aber die Exkulpationsmöglichkeit des Schuldners keineswegs; unverschuldet kann, wie wir später sehen werden, ein Nichterfüllenkönnen sein, das gar nicht auf ein Ereignis zurückzuführen ist, oder selbst ein Hindernis, das in der Person des Schuldners liegt. Wo das Gesetz ausnahmsweise diesen Beweis beschränkt auf zufällige Nichterfüllbarkeit, geschieht es, weil der Geschäftsbetrieb des Schuldners regelmässig ein gewisses Risiko mit sich bringt, und deshalb mit den Vorteilen auch die Nachteile eines solchen Unternehmens getragen werden sollen; so bei der Pacht betreffend die Inventarstücke, Art. 318, im Frachtvertrag Art. 457 und 465. bei Hinterlegung von Gegenständen bei Gast- und Stallwirten Art. 486, 488. Ist die Einwirkung eines Zufalles durch schuldhaftes Verhalten des Schuldners gefördert worden, so muss konsequenterweise jede Exkulpation unmöglich werden;[1]) so bei widerrechtlicher Verzögerung der Erfüllung Art. 118, bei rechtswidrigem Gebrauch einer entlehnten oder hinterlegten Sache Art. 322 und 476, und bei widerrechtlich angemasster Geschäftsführung Art. 470 II.

[1]) Dass das Gesetz trotzdem zur Exkulpation den Beweis zulässt, der Zufall hätte die Sache auch beim Gläubiger, respektive ohne seine Einmischung getroffen, ist auf Billigkeitsrücksichten zurückzuführen.

Digitized by Google

Wir erkennen, dass das Obligationenrecht grundsätzlich das Unvermögen von einem Verschulden abhängig macht. Nur in einem generellen Fall scheint es von dieser Ordnung abzuweichen, bei Obligationen, die ein „non facere" zum Gegenstand haben, nach Art. 112 O. R. Nach richtiger Auffassung liegt aber auch darin keine Ausnahme, vielmehr setzt hier das Gesetz den dolus oder die culpa absolut voraus, dem Gedanken folgend, dass die Nichterfüllung, die sich als eine persönliche Handlung des Schuldners darstellt, unmöglich unverschuldet sein könne.

In der Beurteilung des Exkulpationsbeweises muss dem richterlichen Ermessen ein weiter Spielraum gelassen werden. Die Mannigfaltigkeit der Lebensverhältnisse verlangt gerade hier eine Entscheidung von Fall zu Fall und, wie sich das Obergericht Zürich in einem praktischen Fall[1]) treffend ausspricht, „führt ja die durch Art. 110 des O. R. geregelte Beweislast überhaupt nicht selten zu Härten gegenüber dem Verpflichteten, und das einzig richtige ist hier offenbar, dass man von der beweispflichtigen Partei keinen zu strengen Beweis verlangt und sich unter Umständen sogar mit einem blossen Wahrscheinlichkeitsbeweise begnügt." Doch wir berühren damit bereits ein anderes Gebiet, die Prüfung der Natur des Verschuldens bei Unvermögen zur Erfüllung.

Das Verschulden im Sprachgebrauch unseres Gesetzbuches kann nicht als einheitlicher Begriff aufgefasst werden. Wir finden diesen Ausdruck einmal ausserhalb eines Vertragsverhältnisses in den Artikeln 50 ff. über die unerlaubte Handlung, wie auch an einzelnen Orten im Vertragsverhältnis, zum Beispiel in Art. 121 und 124, zur Bezeichnung einer absichtlich schädigenden Tätigkeit oder fahrlässig schädigenden Tätigkeit, ausnahmsweise auch einer dolosen oder

[1]) Schweiz. Blätter für handelsger. Entsch. VIII., pag. 170. Erw. 8.

Digitized by Google

culposen Unterlassung.[1]) Ausgedehnter ist der Verschuldensbegriff im Vertrag. „Das Recht fordert vom Schuldner nicht allein, dass er der Vornahme der Leistung, zu welcher er verpflichtet ist, nicht absichtlich Hindernisse in den Weg lege, sondern zugleich, dass er Vorsicht und Sorgfalt anwende, damit nicht durch ausser seinem Willen liegende Ereignisse die Erfüllung gehindert und unmöglich gemacht werde.“[2]) Die vertragliche Diligenzpflicht umfasst deshalb regelmässig eine positive Tätigkeit des Schuldners zur Abwendung des Schadens. Masstab zur Beurteilung der Sorgfalt im einzelnen Fall sind nicht subjektive Momente, sondern objektive; man verlangt vom Schuldner die Vorsicht des ordentlichen Hausvaters, der alles tut, um seiner Verpflichtung nachkommen zu können; sein Verhalten ist im allgemeinen schuldhaft, wenn er etwas unternimmt oder unterlässt, was die Nichterfüllung der Obligation herbeiführen könnte. Der Grad der aufzuwendenden Sorgfalt richtet sich nach den Anforderungen des Verkehrs; im einen Fall erfordert die bona fides eine ausserordentliche Diligenz, im andern eine beschränktere, und dem Schuldner kann ein zufälliges Nichterfüllenkönnen selbst dann nicht zur Last gelegt werden, wenn er den Eintritt des Zufalls hätte verhindern können, aber nur mit Anwendung ausserordentlicher Hülfsmittel. Das Obligationenrecht hat die gemeinrechtliche Einteilung der diligentia, respektive eine Unterscheidung von culpa levis und culpa lata, nicht aufgenommen.[3]) Trotzdem ist auch heute die Prästanzpflicht in den Vertragsarten eine verschiedene, der Richter findet den Anhaltspunkt in den Art. 113—5 O. R. Die Haftung wächst mit dem Vorteil, den man aus dem Vertrag zieht, und geht umgekehrt mit diesem

[1]) Im allgemeinen besteht keine Pflicht, ausser Vertrag handelnd einzugreifen zur Abwehr eines Schadens, sie kann sich aber ergeben aus vorausgehender Einmischung in fremde Verhältnisse. Revue III. 199.

[2]) Mommsen: O. R. I. 228 f.

[3]) B. G. E. XXVII. (II) 493.

Digitized by Google

zurück.[1]) So haftet der Depositar, Kommodatar und Schenker weniger streng, während sich allerdings der Mandatar und der Geschäftsführer nicht auf seine Uneigennützigkeit berufen kann, da er sich mit seinem Gläubiger in einem Vertrauensverhältnis befindet. Die Parteien können sich übrigens über den Umfang der Haftung frei verabreden. Das Recht hat aber dem Parteiwillen eine Grenze gezogen in Art. 114 O. R. Es wäre unmoralisch, wenn sich jemand vertraglich die Erlaubnis erwirken wollte, den Gegenkontrahenten vorsätzlich oder grobfahrlässig schädigen zu dürfen. Zum Schutze des Schwächeren gibt das Gesetz ferner dem richterlichen Ermessen die Macht, selbst den vertraglichen Ausschluss der Haftung für leichtes Verschulden nicht zu berücksichtigen, wenn zwischen dem Verzichtenden und dem Empfänger der Verzichtserklärung ein Dienstverhältnis bestand zur Zeit der Abgabe dieser Erklärung, oder wenn die Verantwortlichkeit aus dem Betrieb eines obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes erfolgt.

Wenn wir uns nun fragen, welcher dieser beiden Verschuldensbegriffe für den Exkulpationsbeweis des Art. 110 O. R. zutreffe, so kann darüber kein Zweifel bestehen. Schon aus der Verteilung der Beweislast ergibt sich, dass eine Auslegung als aquilisches Verschulden undenkbar ist. Wie könnte man vom Schuldner den negativen Beweis verlangen, es falle ihm keine dolose oder culpose Handlung zur Last? Er müsste nachweisen, dass allen seinen Handlungen, die er seit dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ausführte, diese Eigenschaft fehle. Die Interpretation als kontraktliches Verschulden führt dagegen zu einem befriedigenden Resultat. Da hier die diligentia den Schuldner über die Passivität hinaus zu einem Eingreifen verpflichtet, kann er seine Schuldlosigkeit nur durch den Beweis dartun, dass die Nichterfüll-

[1]) Massgebend ist aber dabei nicht der spezielle Vertrag, sondern der allgemeine Gebrauch bei Verträgen dieser Art.

Digitized by Google

barkeit infolge eines zufälligen Ereignisses eingetreten sei, oder aber dass er nicht erfüllen könne, obschon er die nötige Sorgfalt angewendet habe, um die Erfüllbarkeit herbeizuführen, respektive zu erhalten.

Wir müssen auf diese Beweisthemata näher eintreten und benützen zur Darstellung einen praktischen Fall.[1]) Ein Handelshaus hatte sich als Verkäufer verpflichtet zur Lieferung von japanischem Seidenrohmaterial aus einem bestimmten Jahrgang und war seiner Verpflichtung nicht nachgekommen, angeblich weil ein Orkan die ganze Ernte vernichtet habe. Das Bundesgericht verurteilte den Schuldner zum Schadensersatz, unter anderem aus folgender Erwägung: „Nun haben die Berufungskläger weder zum Beweise verstellt, dass die ganze Gattung, aus welcher zu liefern war, untergegangen sei, noch auch den Beweis konkreter Tatsachen anerboten, aus denen sich ergeben würde, dass sie zur Beschaffung der versprochenen Ware aus der Ernte von 1899/1900 oder aus älteren Beständen, die äusserste Mühe und Sorgfalt, ohne Rücksicht auf die Kosten, aufgewendet haben, und dass nichtsdestoweniger die Beschaffung der Ware sich als unmöglich erwiesen habe.“ Die zwei Exkulpationsmöglichkeiten, die der Gerichtshof hier dem Schuldner geboten hat, stimmen mit den von uns allgemein aufgestellten Beweissätzen überein.

Was zunächst den Zufall als Grund des Nichterfüllenkönnens betrifft, so gilt auch für unser Recht die gemeinrechtliche Definition, dass es sich um ein Ereignis handelt, welches ohne alle direkte oder indirekte Mitwirkung des Schuldners eingetreten ist.[2]) Analog zu behandeln ist ein Hindernis in der Person des Gläubigers, und es kommt nicht darauf an, ob dasselbe blos in dem Wollen oder in dem Können begründet ist. Mit dem Nachweis eines solchen Er-

[1]) B. G. E. XXVII. (II) 215.
[2]) Mommsen: Beiträge zum O. R. I. 241.

Digitized by Google

eignisses verliert aber das Nichterfüllenkönnen seine Qualität als Unvermögen nicht ohne weiteres. Wir haben soeben darauf aufmerksam gemacht, dass den Schuldner nach Gesetz oder Parteiabrede eine gesteigerte Haftung belasten kann. Eine durchgreifende Unterscheidung ist hier nötig zwischen Genus und Speziesschulden, doch verlegen wir diese Betrachtung in den dritten Abschnitt über die nachträgliche Unmöglichkeit. Ausserdem muss aber geprüft werden, ob der Eintritt des Ereignisses nicht im Zusammenhang steht mit einem schuldhaften Verhalten des Schuldners. Es gibt nämlich keinen Zufall, dessen Einwirkung der Leistungsgegenstand nicht entzogen werden könnte, und es frägt sich nur, ob der Schuldner an der nötigen Sorgfalt es hat fehlen lassen. Selbverständlich schliesst jedes vertragliche Verschulden die befreiende Wirkung des Zufalls aus. In der Tragung der Beweislast muss aber eine Aenderung eintreten, es ist Aufgabe des Gläubigers, ein Verschulden darzutun, nachdem der Schuldner ein zufälliges Ereignis nachgewiesen hat. In dem zitierten Falle lautete dieser Beweissatz des schuldnerischen Verkaufshauses demnach: Ein Orkan hat die ganze Seidenernte vom Jahr 1899/1900 vernichtet. Er konnte aber nicht erhärtet werden, da die Behauptung des Schuldners nach dem Tatbestand offenbar übertrieben war.

Die allgemeine Umschreibung des zweiten Beweisthemas bietet Schwierigkeiten. Ist der Schuldner nicht in der Lage zu erfüllen, ohne dass die Nichterfüllbarkeit infolge eines zufälligen Ereignisses eintrat, so muss er, um seine Schuldlosigkeit darzutun, dem Richter positive Nachweise seiner angewandten Sorgfalt geben, das heisst über die Anstrengungen, die er gemacht hat, das Unvermögen zu beheben, und dass diese Anstrengungen erfolglos waren. In unserem Beispiel hat der Schuldner diesen Beweis gar nicht angetreten, es kann aber nach dem Wortlaut der Erwägungen kein Zweifel darüber bestehen, dass das Bundesgericht sich

Digitized by Google

mit dieser Exkulpation begnügt hätte. Die Praxis muss aber an diesen Beweis des Schuldners sehr strenge Anforderungen stellen, da das Vertrauen des Gläubigers auf Einhaltung des Vertrages nicht leichtfertig getäuscht werden darf. Man kann sich nicht etwa allein darauf berufen, man habe auf die richtige Erfüllung der Vormänner gezählt, welche dem Schuldner den Vertragsgegenstand verschaffen sollten. Weiter befreit ein Streik, der den Stillstand der Fabrik herbeiführt, den Fabrikherrn nicht von seiner Erfüllungspflicht seinen Bestellern gegenüber, wenn er sich den Vorrat von auswärts verschaffen könnte. Insbesondere hat sich auch noch kein Richter gefunden, der in Mittellosigkeit, selbst wenn sie unverschuldeter Weise eintrat, eine genügende Exkulpation erblickt hätte, obschon eine so ausgedehnte Interpretation des Art. 110 zulässig und unter Umständen selbst gerecht erscheint.

Weitere Voraussetzungen, die aber nicht die Natur des Unvermögens an sich, sondern die Geltendmachung seiner Wirkungen betreffen, sind der Eintritt eines Schadens aus der Nichterfüllung beim Gläubiger und der kausale Zusammenhang dieses Schadens mit dem Verschulden des Schuldners.

Unter denselben Gesichtspunkt fällt schliesslich der Verzug des Schuldners. Die Inverzugsetzung hat zwei Funktionen, sie soll einmal den Gläubiger entschädigen, respektive sichern, für die Verspätung der Leistung. Diese Funktion hat hier keine Bedeutung. Sie dient ferner dazu, das Unvermögen des Schuldners festzustellen, wenn die Nichterfüllbarkeit die Folge eines Zustandes in dessen Person ist. In diesem Sinne ist der schuldnerische Verzug erforderlich zur Geltendmachung der Wirkungen des Unvermögens überall da, wo das Nichterfüllenkönnen nicht vorher zutage tritt.

Wir glauben in diesem Paragraphen den Nachweis erbracht zu haben, dass sich das Unvermögen in unserem Obligationenrecht regelmässig darstellt als verschuldete

Digitized by Google

Nichterfüllung, dass aber das Gesetz das Verschulden präsumiert und es deshalb Sache des Schuldners ist, durch Exkulpation die Folgen der Nichterfüllung nach Art. 110 ff. O. R. von sich abzuwenden. Gelingt ihm dieser Beweis, so wird das Unvermögen zur nachträglichen Unmöglichkeit im Sinne des Obligationenrechts. Diesen Tatbestand werden wir in unserem dritten Abschnitt über Art. 145 O. R. zu untersuchen haben.

---

§ 11. Wirkungen des Unvermögens im einseitigen Vertrag.

Vermag der Schuldner seiner Obligationspflicht auf Leistung des Gegenstandes nicht nachzukommen, und kann er nicht dartun, dass dieses Unvermögen aus einem der im vorigen Paragraphen besprochenen Gründe von ihm nicht zu vertreten ist, so muss er Schadensersatz leisten. Art. 110 O. R. Es ist daran festzuhalten, dass das alte Vertragsverhältnis unter den Parteien bestehen bleibt, und dass nicht etwa stillschweigend ein neuer Vertrag auf Schadensersatz zustande kommt. Der Gläubiger macht vielmehr mit der Vertragsklage seinen Anspruch geltend, indem er zunächst auf Erfüllung klagt, und da diese ausbleibt, fixiert der Richter den Betrag des Schadens. Das lehrt uns ein bundesgerichtliches Urteil,[1]) das in seinen Erwägungen folgendes ausführt: „D'après les principes généraux du droit, avec lesquels l'art. 110 C. O. est en complète harmonie, la violation d'un contrat ne donne point en général au contractant le droit de résilier le dit contrat ab initio, mais seulement celui de réclamer des dommages-intérêts pour cause d'inexécution.“ Die Schadensersatzpflicht ist sekundärer Inhalt der Obligation[2]) und

[1]) B. G. S. XVI. Nr. 52.

[2]) Zachariae: Franz. C. R. bearbeitet von Crome, II. 237, Anm. 1.

Digitized by Google

tritt an die Stelle der Erfüllungspflicht. Es kommt häufig vor, dass die Parteien den Eintritt des Unvermögens zur Erfüllung schon beim Vertragsabschluss oder später während der Dauer des Vertrages vorausgesehen und den Betrag des Schadens durch Verabredung einer Konventionalstrafe festgesetzt haben. Auch in diesem Falle erhält der Gläubiger den erlittenen Schaden in Geld ersetzt; vielleicht mehr als derselbe ausmacht, vielleicht blos einen Bruchteil des wirklichen Verlustes. Die ordentliche Umwandlung der Erfüllungspflicht in Schadensersatzpflicht tritt also auch hier ein. Eine ausserordentliche Auflösung kann das Vertragsverhältnis finden, indem der Gläubiger eine Leistung auf ein Tun, die der Schuldner auszuführen verhindert ist, auf dessen Kosten durch einen Dritten vollbringen lässt. Diese Leistung, obschon sie durch eine dem Kontrakt fremde Person erfolgt, muss als eine Erfüllung durch Stellvertretung angesehen werden, denn es kann sich dabei nur um Obligationen handeln, in denen die Person des Erfüllenden unwesentlich ist. Eine rechtliche Beziehung zwischen dem Dritten und dem Schuldner wird aber dadurch nicht erzeugt, jener erlangt seine Befriedigung von dem Gläubiger, der seinerseits den Ersatz der Auslagen vom Schuldner fordern kann. Da nach richtiger Auffassung dieser Tatbestand sich als Erfüllung charakterisiert, kann die Forderung des Gläubigers auf Erstattung der Auslagen kein eigentlicher Schadensersatzanspruch im Sinne des Art. 110 O. R. sein, sie zeigt vielmehr die Natur eines Bereicherungsanspruches, der aber ausnahmsweise mit der Vertragsklage geltend gemacht wird. Wir bezeichnen deshalb diese Auflösung des Vertragsverhältnisses als ausserordentliche.[1]) Im Folgenden soll auf diese drei Arten der Parteiauseinandersetzung einzeln eingetreten werden.

[1]) § 281, I—II des deutschen B. G. B. bestimmt, dass der Schuldner, der beim Untergang des Leistungsgegenstandes einen Ersatz oder Ersatzanspruch erhalten hat, in erster Linie diesen an den Gläubiger heraus-

Digitized by Google

1. Der Schadensersatz: Wer aus einem Vertrag eine Leistung zu fordern berechtigt ist, dieselbe aber nicht erhält, kann Ersatz des Schadens verlangen, den er infolge des Ausbleibens der Erfüllung erleidet, — das positive Vertragsinteresse. Dieses Erfüllungsinteresse wird gesetzlich umschrieben in Art. 116 I O. R. als der bei Eingehung des Vertrages als unmittelbare Folge der Nichterfüllung voraussehbare Schaden. Wir erkennen in dieser Definition eine Reihe von Elementen, die ins Auge gefasst werden müssen, den Umfang des Schadens im Allgemeinen, seine Unmittelbarkeit und seine Voraussehbarkeit. Das schweizerische Obligationenrecht hat diese Begriffe dem code civil français entnommen, ohne sich aber in ihrer Anwendung dem französischen Gesetz ganz anzuschliessen.

Die Grenzen der Schadensersatzpflicht allgemein festlegend, unterscheidet Art. 1149 des code civil français beim Gläubiger „la perte qu'il a fait", und „le gain dont il a été privé." Es ist das die gemeinrechtliche Unterscheidung von damnum emergens und lucrum cessans. Auch in den Gesetzbüchern der welschen Kantone[1]) findet sich diese Einteilung des Schadensbegriffes, und das französische Recht wird auch darin recipiert, dass der Gläubiger kumulativ beide Elemente des Schadens beanspruchen kann. Merkwürdigerweise macht Wallis[2]) hierin eine Ausnahme, indem es nur Ersatz für das eine oder das andere zulässt. Unser Obligationenrecht hebt diese Unterscheidung nicht speziell hervor, es spricht nur vom Schaden als Folge der Nichterfüllung; es kann aber keinem Zweifel unterliegen, dass auch in unserem Recht

---

geben, respektive cedieren soll, unter Abzug von der zu leistenden Entschädigung. Obschon in unserem Gesetzbuch eine diesbezügliche Bestimmung fehlt, glauben wir, dem Gläubiger auch bei uns dieses Recht zusprechen zu dürfen.

[1]) C. G. B. von Waadt: Art. 850; Freiburg: Art. 1042; Neuenburg: Art. 929.

[2]) C. G. B. von Wallis: Art. 1032.

Digitized by Google

diese Einteilung die Grundlage zur Bemessung des Schadens abgibt, und zwar in der Meinung, dass kumulativ beide Bestandteile beansprucht werden können. Folge der Nichterfüllung ist eben die direkte Vermögensverringerung, das damnum emergens, einerseits, und der entgangene Gewinn, der bei rechtzeitiger Erfüllung mit dem Leistungsgegenstand hätte erzielt werden können, das lucrum cessans, andererseits. Auf dieser Grundlage verlangt das französische Recht vom Gläubiger den ziffernmässigen Nachweis seines Schadens, gelingt ihm das nicht, so geht er leer aus.[1]) Im Gegensatz hiezu gibt das Obligationenrecht dem richterlichen Ermessen einen weiten Spielraum. Es genügt, wenn der Gläubiger überhaupt die Existenz eines materiellen Schadens beweist, den Betrag setzt der Richter nach seinem Gutdünken fest, mit Rücksicht auf die Umstände gemäss Art. 116 II. Als solche kommen in Betracht der Grad der im Vertrag übernommenen Sorgfalt und das Gewicht der dem Schuldner zur Last fallenden Nachlässigkeit. Immerhin ist zu betonen, dass es sich nur um den Ersatz eines materiellen Schadens handeln kann, und dass die Ersatzleistung nicht etwa den Charakter einer Genugtuungsleistung annehmen darf.[2])

Die Unmittelbarkeit, die wir als zweites Requisit des zu ersetzenden Schadens bezeichnet haben, betrifft die Kausalität zwischen Nichterfüllung und Eintritt des Schadens. Der Schaden muss die direkte und unmittelbare Folge der Nichterfüllung sein, drückt sich das französische Gesetz[3]) aus, wenn der Schuldner zum Ersatz verpflichtet werden soll, selbst wenn diesem böse Absicht oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt. Dasselbe Erfordernis stellen die Rechte der welschen Schweiz[4]) auf, meistens mit dem französischen Text

[1]) Die Praxis scheint mit Grund an dieser Voraussetzung nicht absolut festzuhalten.

[2]) B. G. S. XXI. Nr. 142, Erw. 4.

[3]) Art. 1151 c. c. fr. „une suite immédiate et directe."

[4]) C. G. B. von Waadt: Art. 1151; Freiburg: Art. 1244; Wallis: Art. 1034; Neuenburg: Art. 931.

Digitized by Google

in wörtlicher Uebereinstimmung. Der Eintritt eines schädigenden Erfolges ist regelmässig kausal bedingt von einer Mehrheit von vorausgehenden Momenten grösserer oder geringerer Bedeutung. Die unmittelbare Kausalität besteht nun darin, dass eine Ursache vor allen andern die eigentliche causa efficiens ist und insbesondere nicht etwa blos eine Vorbedingung, unter deren Einfluss der Erfolg durch andere wichtigere Einwirkungen verursacht wurde. Damit also die Nichterfüllung die direkte Ursache des Schadens sei, muss sie selbst und in erster Linie die causa dieses Erfolges sein. Dem steht gegenüber ein Schaden, der durch die Nichterfüllung blos adaequat verursacht wurde, der blos bei diesem Anlass unter dem Mithelfen anderer, ebenso gewichtiger Momente eingetreten ist. Darauf kommt es allerdings nicht an, ob der Schaden gerade am Leistungsgegenstand eintritt oder andere Vermögensobjekte des Gläubigers trifft, denn die Nachlässigkeit des Schuldners kann den Gläubiger im weitesten Umfang gefährden. Auch das schweizerische Obligationenrecht verpflichtet den Schuldner regelmässig nur zum Ersatz des durch die Nichterfüllung unmittelbar verursachten Schadens.[1]) Wir können uns der Auffassung Vogts[2]) nicht anschliessen, wenn er behauptet, der unmittelbar voraussehbare Schaden stelle immer nur die Minimalgrenze dar, die das richterliche Ermessen in jedem Falle überschreiten könne. Leider ist der Wortlaut des ersten Absatzes von Art. 116 O. R., dass der ersatzpflichtige Schuldner jedenfalls den direkten Schaden zu ersetzen habe, unklar und würde für sich allein der Vermutung Raum lassen, der Richter sei nicht an den direkt verursachten Schaden gebunden. Mit dieser Interpretation steht aber im Widerspruch Absatz 3 des zitierten Artikels, der dem Richter ausdrücklich nur bei schwerem Verschulden erlaubt, ohne ihn zu verpflichten, über die Grenze der direkten

[1]) Schweiz. Blätter für handelsg. Entsch. VIII., pag. 172, Erw. 11.

[2]) Vogt: Anleitung zur Anwendung des O. R., pag. 71.

Digitized by Google

Kausalität hinaus den Gläubiger zu schützen. Es scheint uns eher wahrscheinlich, dass sich der Gesetzgeber in dem einzelnen Wort „jedenfalls" vergriffen habe, als dass er dem Artikel einen Absatz angefügt hätte, der mindestens überflüssig, wenn nicht widersinnig wäre.[1])

Als letztes in Betracht kommendes Element des Schadens haben wir die Voraussehbarkeit genannt. Das französische Gesetz[2]) und mit ihm die Rechte der welschen Kantone[3]) halten auseinander Schaden, dessen Eintritt vorausgesehen war oder hätte vorausgesehen werden können, und Schaden, der mehr zufälligerweise eingetreten ist, dem das Requisit der Voraussehbarkeit fehlt. Für beide Arten des Schadens ist ersatzpflichtig der absichtlich und grobfahrlässig handelnde Schuldner, während culpa levis blos Haftung für voraussehbaren Schaden nach sich zieht. So schwierig es ist, allgemeine Grundsätze aufzustellen über dieses Element der Voraussehbarkeit, so leicht ist die offenbare Absicht des Gesetzes zu erkennen, die Ersatzpflicht innerhalb des unmittelbaren Schadens zugunsten des wenig nachlässigen Schuldners weiter einzuschränken. Er soll nicht haften für Schaden, der auf ganz ausserordentliche Weise eintrat, wenn auch auf Grund der Nichterfüllung.

Diese aussergewöhnlichen Umstände können in verschiedenen Beziehungen vorliegen. Demolombe[4]) schreibt diesen Punkt betreffend: „Notre avis est, que, sous l'empire du code, il faut poser, en principe, que la distinction entre les dommages-intérêts prévus et les dommages-intérêts imprévus, concerne seulement la cause et l'objet de ces dommages, et qu'elle est étrangère à leur importance et leur quotité."

[1]) Das Bundesgericht hat sich gegen Vogt ausgesprochen. B. G. S. XV., Nr. 56, E. 5.

[2]) Art. 1150 code civil-français.

[3]) C. G. B. von Waadt: Art. 851; Freiburg: Art. 1243; Wallis: Art. 1033; Neuenburg: Art. 930.

[4]) Demolombe: XXIV. 584.

Digitized by Google

Wir sehen nicht ein, weshalb man die Voraussehbarkeit in diesem Sinne eingrenzen soll. Wenn man doch von der Voraussetzung ausgehen muss, dass das Gesetz der Haftung des leichtfehlenden Schuldners eine Schranke ziehen will, weshalb soll man diese Schranke im häufigsten und wichtigsten Falle, betreffend die Quantität des Schadens, fallen lassen? Unser Obligationenrecht verlangt im allgemeinen, wie das französische Gesetz, die Voraussehbarkeit des zu ersetzenden Schadens,[1]) erlaubt aber dem Richter, bei schwererem Verschulden über diese Grenze hinauszugehen, und namentlich in Hinsicht auf die Frage der Voraussehbarkeit ist die ausgedehntere Haftung im dritten Absatz des Art. 116 O. R. aufgestellt worden. Es kann nun die Frage aufgeworfen werden, ob die Voraussehbarkeit subjektiv vom Standpunkt der Parteien, insbesondere des Schuldners, aus zu beurteilen sei, oder objektiv nach allgemeinen Gesichtspunkten? Der Wortlaut des Gesetzes entscheidet in letzterem Sinne. Ueberdies ist unzweifelhaft richtig, was ein bundesgerichtliches Urteil[2]) in seinen Erwägungen ausführt: „Art. 116 I. verlangt, der Natur der Sache nach, nicht, dass die Parteien schon beim Vertragsabschluss genau gewusst haben oder haben wissen können, wie hoch der durch Nichterfüllung eintretende Schaden sich belaufen werde. Es ist vielmehr jeder Schaden im Sinne des Gesetzes ein vorauszusehender, der seiner Art nach, im ordentlichen Lauf der Dinge als unmittelbare Folge der Nichterfüllung eintreten kann.“ Aber gelangt man dabei nicht wieder auf das Gebiet der Kausalität zurück? Gibt es überhaupt einen unmittelbaren Schaden, der vom unvermögenden Schuldner nicht vorausgesehen werden kann oder muss? Diese Ueberlegung führt zum Beispiel das zürcherische Obergericht[3])

[1]) Gegenüber der Auslegung Vogts (Anleitung zur Anwendung des O. R., pag. 71) des ersten Absatzes von Art. 116 O. R. nehmen wir denselben Standpunkt ein wie betreffend die Unmittelbarkeit des Schadens.

[2]) B. G. S. XV. Nr. 56, Erw. 5.

[3]) Schweiz. Blätter für handelsg. Entsch. VIII., pag. 172, Erw. 11.

Digitized by Google

dazu, den Wortlaut unseres Gesetzes, „Schaden, welcher als unmittelbare Folge der Nichterfüllung vorausgesehen werden kann," gleichzustellen dem Wortlaut anderer Gesetze, die blos von „unmittelbarem Schaden" sprechen. Danach wäre die Herbeiziehung des Begriffes der Voraussehbarkeit überflüssig. — Gewiss nicht. Das Obligationenrecht hat bewusst die Voraussehbarkeit in den Art. 116 aufgenommen, und dieses Element ist streng von dem Requisit der Kausalität auseinanderzuhalten. Ein Beispiel soll uns darüber Klarheit verschaffen: Ich schliesse als Käufer mit einem Spekulanten einen Kaufvertrag über eine Liegenschaft ab, es kommt aber nicht zur Fertigung, weil der Verkäufer das Vermögen zur Erfüllung verliert. Nachträglich tritt auf dem Grundstück ein Schatz zu Tage, der sich mir gegenüber als entgangener Gewinn darstellt, direkt verursacht durch die schuldhafte Nichterfüllung. Dieser Schaden war aber gewiss nicht voraussehbar, und der Richter wird deshalb folgendermassen urteilen. Fällt dem Verkäufer nur ein leichtes Verschulden zur Last, er hat zum Beispiel wegen Geldmangel das Grundstück vom Dritten, der zur Zeit noch Eigentümer ist, nicht erwerben können, so muss er mir diesen Schaden nicht ersetzen; anders wenn den Spekulanten ein schwereres Verschulden trifft, er hat zum Beispiel nachträglich das Gut einem Höherbietenden verkauft und zugefertigt, hier wird der Verkäufer auch zum Ersatz des nicht voraussehbaren Schadens des gefundenen Schatzes verurteilt werden.

Endlich setzt unser Gesetz den Schaden bei den geläufigsten Verbindlichkeiten wie Geld, Zins und Rentenschulden zum voraus fest in Art. 119 I und 120 I O. R., vorbehalten besondere Abrede, 119 II und III und 120 II. Ein Verschulden aquilischer Natur in der Person des Schuldners macht denselben auch dieses Vorteils verlustig. Art. 121 O.R.

Wir schliessen unsere Betrachtung über den Schadensersatz als Folge des Unvermögens zur Erfüllung mit der

Digitized by Google

Feststellung, dass das schweizerische Obligationenrecht, vom französischen, wie vom gemeinen Recht abweichend, dem richterlichen Ermessen einen grossen Spielraum einräumt, und dass insbesondere bei uns die Unterscheidung von culpa levis und culpa lata fallen gelassen ist, dass aber dem Richter die Mittel gegeben sind, die Härten, die diese Behandlung mit sich bringen muss, zu mildern.

2. Die Zahlung einer Konventionalstrafe haben wir als zweite Möglichkeit der Parteiauseinandersetzung bei Unvermögen zur Erfüllung bezeichnet. Die Konventionalstrafe des Obligationenrechts, Art. 178 ff., kann verschiedenen Zwekken dienen, sie kann den Charakter einer vertraglichen Genugtuungszahlung haben für Vertragsbruch und setzt in diesem Falle ein Verschulden des Schuldners voraus. Die Beweislast trifft den Gläubiger, da es sich nicht um ein Verschulden handelt, wie es Gegenstand des Exkulpationsbeweises des Art. 110 O. R. ist, sondern um eine dolose oder culpose Tätigkeit, die das Unvermögen herbeigeführt hat. Für uns kommt aber nur in Betracht die Funktion der Konventionalstrafe als Mittel zur Feststellung des Schadensumfanges nach Art. 179. Zugleich liegt in dieser Parteiabrede eine Garantie des Schuldners für vertragsgemässe Erfüllung. Daher kommt es, dass Art. 181 O. R. die Exkulpation einschränkt auf höhere Gewalt und Hindernisse, die in der Person des Gläubigers begründet sind.[1]) Auch ihrem Inhalt nach kann der Wille der Parteien die Konventionalstrafe verschieden gestalten. Sie kann kumulativ zu nachträglicher Erfüllung hinzutreten, oder der Gläubiger kann die Wahl haben, nachträgliche Erfüllung zu verlangen oder die Strafe, so bei der alternativen Konventionalstrafe, oder schliesslich kann der Schuldner durch Zahlung der Konventionalstrafe die Leistungspflicht von sich abwenden, so bei der exklusiven Konventionalstrafe. Auch

[1]) Aus dieser Garantie erklärt sich auch, dass nach Art. 180 I die Strafe verfallen ist, wenn beim Gläubiger gar kein Schaden vorliegt.

Digitized by Google

unter diesem Gesichtspunkt kann für uns nur in Betracht kommen der Normalfall des Art. 179 I O. R., Erfüllung oder Haftgeld, mit der Modifikation, dass der Gläubiger nur die Konventionalstrafe fordern kann, respektive der Schuldner nur anbieten, weil die Erfüllung auf Grund des Unvermögens ausgeschlossen ist. Der Richter ist also der schwierigen Aufgabe enthoben, den Betrag des Schadens auszumessen, er kann sich einfach an das von den Parteien zum voraus abgemachte Haftgeld halten. Unser Gesetzbuch lässt aber der Parteiabrede nicht vollständig freie Hand, im Gegensatz zum französischen Recht. Art. 1152 des code civil français bindet den Richter unter allen Umständen an die bei der Konvention getroffene Vereinbarung. Von den Rechten der welschen Kantone sind diesem Vorbild gefolgt die Zivilgesetzbücher von Waadt in Art. 853 und Neuenburg in Art. 932, während Freiburg in Art. 1245 und Wallis in Art. 1035 unter gewissen Voraussetzungen ein richterliches Ermässigungsrecht anerkennen. Der letzteren Gruppe hat sich unser Obligationenrecht in Art. 182 angeschlossen, wo es dem Richter erlaubt, eine übermässige Bevorteilung des Gläubigers zu verhindern. Umgekehrt kann der Gläubiger, wenn er durch das Haftgeld nicht schadlos gehalten wird, über die Konventionalstrafe hinaus, einen weiteren Schaden geltend machen, unter der Voraussetzung, dass er dem Schuldner ein Verschulden aquilischer Natur nachweisen kann, 180 II O. R. Die Quantität dieses weiteren Anspruchs ist nach den Grundsätzen über Schadensersatzpflicht im allgemeinen zu beurteilen. Mit diesen Korrekturen des Parteiwillens wird eine Bresche in die Vertragsfreiheit gebrochen, die nicht unbedenklich erscheint; es ist allerdings anzuerkennen, dass im Verkehrsleben nicht selten leichtsinnigerweise übertriebene, selbst ruinöse Konventionalstrafen versprochen werden, in der sichern Erwartung, dass eine Nichterfüllung ausgeschlossen sei.

3. Eine ausserordentliche Parteiauseinandersetzung hat zur Folge das Recht des Gläubigers aus einer obligatio

Digitized by Google

faciendi und non faciendi, die vom Schuldner ausgelassene Handlung auf dessen Kosten durch einen Dritten ausführen zu lassen, respektive den rechtswidrigen Zustand, der vom Schuldner entgegen seiner kontraktlichen Verpflichtung durch ein Tun herbeigeführt wurde, auf dessen Kosten zu beseitigen. Art. 111 u. 112 O. R. Wir wiederholen, was wir schon früher behauptet haben, dass in diesen Tatbeständen die Erfüllung zu erblicken ist, und zwar einer Obligation, in der nach Art. 77 O. R. die Person des Schuldners unwesentlich ist, weshalb auch ein Dritter erfüllen kann.[1]) Es folgt daraus, dass die Anstellung der Erfüllungsklage ausgeschlossen ist, weil erfüllt wurde. Der Anspruch des Gläubigers auf Ersatz der Auslagen, an sich eine Bereicherungsklage, ist zwar nach Obligationenrecht auch ein vertraglicher, der mit der Vertragsklage geltend gemacht wird, er hat aber nicht zum Inhalt den Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens, sondern Ersatz der Kosten, die diese modifizierte Erfüllung mit sich gebracht hat. Damit steht nicht im Widerspruch, dass bei dieser Erfüllung durch Dritte die Folgen des Verzuges beim Schuldner nicht präjudiziert werden,[2]) das heisst, dass auch bei dieser Parteiauseinandersetzung der Schuldner den Schaden ersetzen muss, der auf Grund der Verzögerung eintrat. Es muss grundsätzlich auseinander gehalten werden Schadensersatz für Nichterfüllung und Schadensersatz für die Verspätung; dieser kann zur Nichterfüllung, wie zur nachträglichen Erfüllung hinzutreten. In unserem Falle ist Schadensersatzpflicht für Nichterfüllung ausgeschlossen, es steht aber nichts im Wege, den Schuldner für die Verzögerung ersatzpflichtig zu machen.

Das Erfüllenlassen durch fremde Personen stellt sich als fakultatives Recht des Gläubigers dar, es steht ihm frei, anstatt diese Erfüllung herbeizuführen, Schadensersatzfolge

[1]) Vergleiche für das französische Recht Demolombe: Fr. C. R., XXIV. 503.

[2]) Commentar zum O. R. von Schneider und Fick: zu Art. 111 Nr. 3.

Digitized by Google

wegen Nichtleistung eintreten zu lassen. Immerhin hat es ja der Schuldner, der zu einem Tun verpflichtet ist, regelmässig in seiner Hand, von sich aus durch Dritte erfüllen zu lassen, wenn er persönlich daran verhindert ist. Der Gläubiger muss sich dieser Leistung unterziehen. Das schweizerische Obligationenrecht gewährt dem Schuldner aber noch einen weiteren Schutz. Der Gläubiger, der die Verbindlichkeit durch fremde Personen erfüllen lassen will, muss dazu ermächtigt werden,[1]) und er wird diese Ermächtigung nicht erhalten, wenn dem Schuldner ein übermässiger Schaden erwachsen würde. Art. 111. Ob eine solche Korrektur auch bei Art. 112 O. R., bei Obligationen auf ein Unterlassen, zulässig ist, erscheint nach dem Wortlaut des Gesetzes zweifelhaft. Das französische Gesetz[2]) und die Gesetze der westschweizerischen Kantone[3]) gestanden dem Gläubiger dieses Recht absolut zu, aber auch unsere Praxis verfährt mit der Ermächtigung nicht kärglich. Zu welch' interessanten Exekutionen, namentlich bei Obligationen non faciendi, es dabei kommen kann, zeigt ein Urteil des zürcherischen Obergerichts,[4]) wo einem Handwerker, der sich gegen seine Verpflichtung, dem Gläubiger keine Konkurrenz zu machen, verfehlt hatte, das Geschäft mit Inanspruchnahme der öffentlichen Gewalt ausgeräumt wurde. Ein derartiger Eingriff in die Lebensverhältnisse eines Mannes, ohne dass ihm zuvor Gelegenheit geboten wird, den Gegenkontrahenten mit Geld zu entschädigen, scheint uns geradezu unmoralisch.

---

[1]) Die Ermächtigung muss von einer richterlichen Behörde erteilt werden, die in den kantonalen Prozessordnungen genannt wird.

[2]) Art. 1144 c. c. fr.

[3]) C. G. B. von Waadt: 844—6; Freiburg: Art. 1235—6; Wallis: Art. 1026—8; Neuenburg: Art. 923—4.

[4]) Schweiz. Blätter für handelsg. Entsch. III. 373.

Digitized by Google

§ 12. Wirkungen des Unvermögens im zweiseitigen Vertrag.

Wir haben bis jetzt die Folgen besprochen, die das Unvermögen zur Erfüllung hervorruft inbezug auf die nicht-erfüllbare Obligation. Das Vertragsverhältnis, das sich in einer Obligation erschöpft, ist damit aufgelöst, die Parteien sind zu ihrem Recht gekommen. Eine besondere Ordnung ist auch nicht nötig bei zweiseitigen Verträgen, aus denen zwei von einander unabhängige Obligationen entspringen; jede derselben wird nach den besprochenen Grundsätzen behandelt. Ein solches Auseinanderreissen der einzelnen Verbindlichkeiten ist aber nicht zulässig im synallagmatischen Vertrag, wo einer Leistungspflicht eine formell ebenbürtige Gegenleistungspflicht gegenübersteht. Wie sehr durch eine solche selbständige Behandlung jeder Obligation für sich die vertragstreue Partei gefährdet würde, zeigt die Ueberlegung, dass der Gläubiger der nichterfüllbaren Obligation seiner Leistungspflicht nachkommen müsste und seinerseits nur einen Anspruch auf Schadensersatz hätte, gegen einen Mitkontrahenten, der häufig insolvent ist. Die Zusammengehörigkeit der synallagmatischen Obligationen verlangt hier eine besondere Regelung.

Es liesse sich nun denken, dass die Rechtsordnung an die Tatsache des Unvermögens ohne weiteres die Auflösung des ganzen Vertragsverhältnisses knüpfen würde, eventuell mit Schadensersatzpflicht des schuldigen Teils. Eine derartige Bestimmung findet sich aber in unserem Obligationenrecht nicht, es ist vielmehr daran festzuhalten, dass der Vertrag mit Recht und Gegenrecht in Kraft bleibt. Aber kann vielleicht die vertragstreue Partei vom Richter die Auflösung des Vertrages verlangen?[1]) Auch dafür fehlt es zunächst an einer allgemeinen Bestimmung. Insbesondere kann diese Auf-

[1]) Diesen Standpunkt nimmt, wie wir später sehen werden, das französische Recht ein. Art. 1184 II c. c. fr.

Digitized by Google

lösung mit Schadensersatzfolge nicht auf Grund des Art. 110 O. R. verlangt werden, wie man es häufig aus der praktischen Rechtsprechung vermuten könnte, denn dieser Artikel spricht nur von der Wirkung des Unvermögens auf die vom Hindernis betroffene Obligation, nicht aber von der Wirkung auf den Vertrag.

Wir haben diese Behauptung mit einem Vorbehalt aufgestellt. Unter gewissen Voraussetzungen und mit besondern Wirkungen, namentlich inbezug auf die Schadensersatzfrage, gestattet das Obligationenrecht der vertragstreuen Partei den Rücktritt vom Vertrag. Gerade diese spezielle Ordnung des Rücktritts ist der beste Beweis, dass ein allgemeines Recht auf gerichtliche Auflösung des Vertrages bei Unvermögen nicht besteht.

Es sind demnach im synallagmatischen Vertrag zwei Möglichkeiten der Parteiauseinandersetzung gegeben, die Durchführung des Vertrages, mit den Modifikationen, die das einseitige Unvermögen nötig macht; oder die Auflösung des Vertrages durch Rücktritt der vertragstreuen Partei unter den gesetzlichen Voraussetzungen und mit den gesetzlichen Wirkungen. Der eine oder der andere Weg steht elektiv zur Verfügung, gleichgültig, ob die Erfüllung wegen Unvermögens tatsächlich ausgeschlossen ist oder nur aus Böswilligkeit nicht erfolgt. Das Feststehen der Nichterfüllbarkeit hindert also die Durchführung des Vertrages nicht.[1] [2])

1. Durchführung des Vertrages. Wir sehen, dass in der Praxis die vertragstreue Partei regelmässig Schadensersatz auf Grund des Art. 110 O. R. verlangt bei Nichterfüllung des Schuldners. Die Natur dieser Klage wird selten richtig erkannt, selbst aus der älteren bundesgerichtlichen

[1]) B. G. S. XX. Nr. 104, E. 4.

[2]) Auch die französische Praxis scheint entgegen dem klaren Sinne des Art. 1184 c. c. fr. auf diesem Boden zu stehen. Vergl. Demolombe: XXIV., pag. 489.

Digitized by Google

Rechtsprechung kann man nicht klug werden. Nach dem, was wir oben ausgeführt haben, können wir in diesem Anspruch allein die Erfüllungsklage erblicken. Der Verlauf dieser Vertragsausführung ist folgendermassen zu denken: Die vertragstreue Partei ignoriert zunächst das Unvermögen des Schuldners und verlangt Erfüllung ihrer fälligen Forderung, da aber der Schuldner aus der nichterfüllbaren Obligation nicht leisten kann, verwandelt sich seine Leistungspflicht in Ersatzpflicht.[1]) Andererseits muss nun der Kläger seiner Verpflichtung aus der korrespondierenden Obligation auch nachkommen, er leistet aber nicht realiter, sondern der Betrag seiner Leistungspflicht kommt in Abzug von dem Betrag der Ersatzpflicht des beklagten Schuldners. Es ist klar, dass die beiden Obligationen aus dem synallagmatischen Vertrag wirtschaftlich nicht gleichwertig zu sein brauchen, ihre materiellen Werte müssen deshalb festgestellt und mit einander in Beziehung gebracht werden. Aus diesem Vergleich ergibt sich der Schaden der vertragstreuen Partei aus der Nichterfüllung des Schuldners, und dieses positive Vertragsinteresse ist Gegenstand des Schadensersatzanspruches.[2])

Zum Beispiel: Ich schliesse als Käufer einen Kaufvertrag ab über ein Quantum Getreide, lieferbar in 4 Wochen, zum Preis von 800. Zur Zeit der Fälligkeit meines Anspruchs steht der Marktpreis des Getreides auf 1000; vermag mir der Lieferant nicht zu leisten,[3]) so beträgt der Schaden, der mir aus seiner Nichteinhaltung des Vertrages, das heisst aus seiner Nichterfüllung erwächst, 200. Oder ich kaufe ein Reitpferd um 1500, mit der Aussicht, es um 2000 weiter verkaufen zu können. Kann mir das Pferd nicht tradiert werden[4]),

[1]) Sofern nach den Ausführungen des § 10 überhaupt eine Ersatzpflicht besteht.

[2]) B. G. S. XV. Nr. 56, XVI. Nr. 22, XX. Nr. 160. XXII. Nr. 85.

[3]) Der Lieferant versäumte zum Beispiel aus Nachlässigkeit den Stichtag.

[4]) Das Pferd ist zum Beispiel wegen schlechter Behandlung zugrunde gegangen.

Digitized by Google

erleide ich einen Verlust von 500, da die ausgebliebene Leistung für mich den Wert von 2000 hat. Die Ausmittelung des Wertes der nichterfüllbaren Obligation darf also nicht von allgemeinen Gesichtspunkten aus erfolgen, sondern massgebend ist das Interesse, das die vertragstreue Partei an derselben hat. Darin besteht nun eben die Durchführung des Vertrages, dass die vertragstreue Partei finanziell in die Situation versetzt wird, als ob der Vertrag wirklich zur Ausführung gelangt wäre.

Voraussetzung zur Anstellung der Erfüllungsklage ist nach Art. 95 O. R., dass der Kläger seinerseits bereits erfüllt habe oder zu erfüllen bereit sei, wenn sich aus dem ausdrücklichen Inhalt oder der Natur des Vertrages nicht ergibt, dass er später zu erfüllen habe.[1]) Wir glauben an diesem Erfordernis selbst dann festhalten zu müssen, wenn das Unvermögen zur Erfüllung feststeht, und die vertragstreue Partei deshalb weiss, dass es nicht mehr zu einer realen Ausführung des Vertrages kommen kann.

Die Partei, die dergestalt den Vertrag durchführen will, darf nicht den Gegenstand ihrer Leistungspflicht willkürlich veräussern und den erzielten Verkaufspreis, in Beziehung gebracht mit dem im Vertrag vereinbarten Preise, zur Grundlage der Schadensberechnung machen. Die gerichtliche Prüfung des Wertes der eigenen Verbindlichkeit darf nicht präjudiziert werden. In welchem Masse die eine Partei zu Lasten der andern spekulieren könnte, mag ein Beispiel zeigen: Ich kaufe von einem Holzhändler einen Vorrat Langholz. Vor der Tradition erkläre ich den Vertrag nicht halten zu wollen. Nun verkauft der Händler das Holz anderwärts zu einem ausserordentlich niedrigen Preis, oder auch nur in einem

[1]) Geht die Verpflichtung des Klägers auf Lieferung einer Sache, und ist der Schuldner im Verzug mit der Zahlung des Kaufpreises, so liegt die Erfüllung in der gerichtlichen Deposition des geschuldeten Gegenstandes. Art. 105 O. R.

Digitized by Google

Zeitpunkt, wo die Holzpreise aussergewöhnlich gedrückt sind, und macht nun mir gegenüber als Schaden die Differenz geltend zwischen dem Erlös und dem von uns abgemachten Kaufpreis.[1]) Nur unter den Voraussetzungen des Art. 108 O. R. darf die vertragstreue Partei zum Selbsthilfeverkauf schreiten und den Unterschied zwischen Erlös und vertraglichem Preis als Schaden einklagen.[2]) Das Gesetz unterstellt auch diesen Ausnahmefall der richterlichen Kontrolle und lässt ihn überhaupt nur zu, um dem Schuldner den grösseren Schaden zu ersparen, der ihm aus dem Untergang der Sache erwachsen würde.

Wir stützen unsere Auffassung, um es zu wiederholen, auf die Bestimmung des Art. 95 O. R., der zur Anstellung der Erfüllungsklage aus dem synallagmatischen Vertrag eigene Bereitschaft zur Leistung verlangt. Wer sich aber der Möglichkeit zu erfüllen begibt durch Verfügung über den Gegenstand der eigenen Leistungspflicht, zeigt damit den Willen, den Vertrag nicht durchführen, sondern aufheben zu wollen durch seinen Rücktritt; dort kann dann aber auch nicht dasselbe Interesse bei Bemessung des Schadens in Frage kommen, was wir später auch aus theoretischen Gründen erkennen werden.

2. Rücktritt vom Vertrag. Will die vertragstreue Partei den Vertrag nicht durchführen, oder kann sie es nicht mehr, indem sie die Mittel zu eigener Erfüllung aufgab, so muss sie den zweiten Weg wählen, der die Auseinandersetzung der Parteien bei Nichterfüllung wegen einseitigen Unvermögens regelt, die Auflösung des Vertragsverhältnisses. Dieses Recht auf Rücktritt erwächst aus der Tatsache der Nicht-

[1]) Dass in unserem Beispiel nicht Unvermögen, sondern böswillige Nichterfüllung trotz Möglichkeit der Erfüllung, vorliegt, ist ohne Bedeutung. Man braucht sich nur als Gegenleistung anstatt des Geldes ein Tauschobjekt zu denken. Wir haben diesen Fall gewählt, weil er praktisch vorgekommen ist.

[2]) B. G. S. XXII. Nr. 85, E. 4.

Digitized by Google

erfüllung, unabhängig davon, ob dem nichterfüllenden Teil ein Verschulden zur Last fällt oder nicht, und unabhängig davon, ob diese Partei nicht erfüllen kann oder nicht erfüllen will. Logischerweise ruft denn auch diese Aufhebung des Vertrages an sich auf keiner Seite eine Schadensersatzpflicht ins Leben.

Der Rücktritt ist nach schweizerischem Recht ein einseitiger Parteiakt, der, wenn einmal die Voraussetzungen gegeben sind, ohne richterliche Mithülfe vorgenommen werden kann. Diese Voraussetzungen zur Geltendmachung sind eine fällige Forderung der vertragstreuen Partei und regelmässig Verzug des Schuldners und darüber hinaus der Ablauf einer weiteren angemessenen Erfüllungsfrist mit Androhung der Aufhebung des Vertrags, wenn die Leistung bis zum Schluss dieses Termins nicht erfolge.[1]) Die weitere Frist kann vom Gläubiger selbst oder von einer Behörde, die das kantonale Recht bestimmt, festgesetzt werden. Im ersteren Fall, also der Partei gegenüber, kann der Schuldner die Dauer dieser Frist als nicht angemessen vor dem Richter anfechten, unserer Ansicht nach aber nicht auch im letzteren Fall, der behördlichen Verfügung gegenüber. Der Verzug und insbesondere die weitere Erfüllungsfrist werden vom Gesetz als Voraussetzungen aufgestellt im Interesse des Schuldners. Dass dieser bis zum Eintritt des Verzuges noch erfüllen kann, ist selbstverständlich, das Gesetz will ihm aber darüber hinaus noch die Möglichkeit geben, alle seine Kräfte anzuspannen, wenn er ein Interesse am Bestand des Vertrages hat. Es liegt deshalb im Sinne des Gesetzes, diese Erfordernisse cessieren zu lassen, wo immer feststeht, dass die Leistung nicht mehr erfolgen kann. Das ist einmal der Fall beim Fixgeschäft nach Art. 123 O. R. Haben die Parteien die Einhaltung der im Vertrag bestimmten Erfüllungszeit zu

[1]) Art. 122 O. R.

Digitized by Google

einem wesentlichen Bestandteil des Vertrages gemacht,[1]) so ist bei Versäumnis dieses Zeitpunktes eine nachträgliche Erfüllung ausgeschlossen. Verzugsfolgen und Rücktrittsrecht treten hier unmittelbar mit der Fälligkeit ein. Von diesem Tatbestand ist zu unterscheiden das Verfallgeschäft, dessen Nichterfüllung zu verabredeter Zeit zwar nach Art. 117 II den Verzug herbeiführt; eine nachträgliche Erfüllung ist aber zulässig, und deshalb zum Rücktritt ein weiterer Erfüllungstermin nötig. Die Fristansetzung kann ferner unterbleiben nach Art. 125 O. R. gegenüber dem morosen Schuldner, wenn die Leistung für den Gläubiger nutzlos geworden ist. Man hat sich dabei einen Vertrag zu denken, wo zwar kein Fixgeschäft zustande kam, aber eine nachträgliche Erfüllung dem Gläubiger trotzdem nicht mehr zugemutet werden darf, da sie für ihn wertlos geworden ist infolge des Verzuges des Schuldners. Neben diese vom Gesetz genannten Tatbestände, die zum Rücktritt keinen weiteren Erfüllungstermin verlangen, hat die Rechtsprechung per analogiam andere Fälle gestellt. Nach konstanter Praxis des Bundesgerichts[2]) ist die Fristansetzung unnötig, wo ihre Erfolglosigkeit von vorneherein feststeht, insbesondere dann, wenn der Schuldner seinen Willen nichtzuerfüllen bekundet hat durch eine diesbezügliche Erklärung, oder wenn die Nichterfüllbarkeit der Obligation am Tage liegt. Wie bezüglich der Umwandlung der Erfüllungspflicht in Schadensersatzpflicht,[3]) so muss also auch beim Rücktritt unterschieden werden das Unvermögen, das infolge eines Ereignisses eintrat, und das Unvermögen, das in einem Zustand beim Schuldner begründet ist, wie Mittellosigkeit. Das augenscheinliche Nichterfüllbarwerden einer Verbindlichkeit berechtigt die Gegenpartei ohne weiteres

[1]) Die Abrede eines genau einzuhaltenden Erfüllungstermins im Sinne des Art. 123 O. R. ist ein Bestandteil des Klagegrundes und muss deshalb vom Kläger bewiesen werden.

[2]) B. G. S. XXI. Nr. 106. Erw. 7, XXII. Nr. 85, E. 4.

[3]) Vergl. pag. 33.

Digitized by Google

zum Rücktritt, zeigt sich das Unvermögen des Schuldners erst im letzten Moment, wo er erfüllen könnte, so muss die vertragstreue Partei zum Rücktritt diesen Zeitpunkt herbeiführen durch Inverzugsetzung und Fristansetzung mit Androhung der Aufhebung des Vertrags.

Die Durchführung des Rücktrittes hebt das Vertragsverhältnis auf. Beide Teile werden von der Leistungspflicht befreit; hat die vertragstreue Partei bereits erfüllt, kann sie ihre Leistung zurückfordern, Art. 124—5 O. R.; wir werden bei Besprechung des Art. 145 II. dieselbe Rückforderungsklage wieder finden und dort Anlass zu ihrer Betrachtung haben. Hat sie noch nicht erfüllt, kann sie über das Objekt ihrer Leistungspflicht frei verfügen. Der Rücktritt für sich allein lässt unter den Kontrahenten gar keinen Anspruch zurück, nur wenn der Partei, die durch Nichterfüllung die Aufhebung des Vertrages veranlasst hat, ein Verschulden zur Last fällt, wird diese nach Art. 124—5 O. R. zum Schadensersatz verpflichtet. Das Beweisthema des Verschuldens ist hier anders geregelt als dasjenige des Art. 110 O. R., die Beweislast liegt auf Seiten des Klägers, und zu beweisen ist infolgedessen eine dolose oder culpose Tätigkeit oder Unterlassung des Ersatzpflichtigen. Das Bundesgericht hat entschieden, dass in der blossen Weigerung der Erfüllung ein genügendes Verschulden zu erblicken sei.[1]) Ob dieser Anspruch das negative oder das positive Vertragsinteresse zum Gegenstand habe, ist bestritten. Wir halten dafür, dass nur das negative Interesse in Betracht kommen könne aus folgenden Gründen:

Man will daraus Rückschlüsse auf die Interpretation unseres Gesetzes ziehen, dass das französische Recht der vertragstreuen Partei bei Aufhebung des Vertrages Ersatz des positiven Interesses zuspricht. Nun ist aber die französische Vertragsauflösung in allen Teilen dem, was wir als Durchführung des Vertrages bezeichnet haben, viel ähnlicher,

[1]) B. G. S. XIX. 144, Erw. 7.

Digitized by Google

als unserem Rücktrittsrechte. Art. 1184 I. des code civil français unterschiebt dem synallagmatischen Vertrag von gesetzeswegen eine Resolutivbedingung, dass der Vertrag dahinfalle, wenn eine Partei ihrer Verpflichtung nicht nachkomme. Man sollte nun glauben, dass die vertragstreue Partei bei Eintritt der Bedingung ohne weiteres den Vertrag als dahingefallen betrachten könnte; der dritte Absatz des zitierten Artikels schreibt aber vor, dass das Gericht die Aufhebung des Vertrages ausspreche.[1]) Ist denn im allgemeinen ein gerichtliches Urteil nötig, um ein resolutiv bedingtes Geschäft beim Eintritt der Bedingung kraftlos zu machen? Gewiss nicht; der Erfolg, das heisst die Vernichtung des Geschäfts tritt sofort mit der Bedingung ein. Die französische Aufhebung des Vertrages ist also nicht wie der Rücktritt im schweizerischen Obligationenrecht ein Parteiakt in einseitigem Interesse, sondern die gerichtliche Auflösung des Vertragsverhältnisses. Nun kommt noch etwas anderes dazu. Das französische Recht gründet, wie bei der einfachen Obligation, so auch im Vertrag die Schadensersatzpflicht nicht auf ein Verschulden, sondern auf die blosse Tatsache der Nichterfüllung. Unter diesen beiden Gesichtspunkten können wir verstehen, dass das französische Gesetz bei der Vertragsauflösung auf die materielle Wertung der beiden Obligationen aus dem synallagmatischen Vertrag eintreten will.

Um auf das schweizerische Recht überzugehen, stellen wir fest, dass das Bundesgericht bisher in seiner Mehrheit aus Art. 124 und 125 O. R. das Erfüllungsinteresse zugesprochen hat.[2]) Trotzdem glauben wir den entgegengesetzten Standpunkt vertreten zu müssen. Die Anstellung einer Vertragsklage aus dem kraftlosen Vertrag ist an sich bedenklich. Es kommt gar nicht in Betracht, ob der Rücktritt ex nunc

[1]) Vergl. die analogen Bestimmungen in den C. G. B. von Waadt: Art. 880; Freiburg: Art. 1170; Wallis: Art. 1067; Neuenburg: Art. 964.

[2]) B. G. S. XIX. Nr. 144, E. 8.

Digitized by Google

oder ex tunc wirke, da jedenfalls bei der Klagerhebung der Vertrag nicht mehr existiert, er ist ja durch den Parteiakt des Rücktritts dahingefallen. Wie stellt sich denn das Obligationenrecht an anderen Orten zu dieser Frage, wo ein Vertrag in ähnlicher Weise dahinfällt, nämlich bei Geltendmachung der einseitigen Unverbindlichkeit wegen Irrtums, Zwangs oder Betrugs? Abgesehen von der unbedeutenden Ausnahme des Art. 23 O. R. schliesst das Gesetz die Vertragsklage zur Herstellung des erlittenen Schadens aus, offenbar vom Standpunkt ausgehend, dass aus einem kraftlosen Vertrage nicht geklagt werden könne. Dagegen kann in diesen Fällen Schadenersatz aus unerlaubter Handlung verlangt werden. Das wäre auch der gegebene Weg, den nebenbei bemerkt das neue deutsche B. G. B.[1]) eingeschlagen hat, um der vertragstreuen Partei beim Rücktritt zum Schadensersatz zu verhelfen, um so mehr, als nach Art. 124 O. R. beim Schuldner ein Verschulden aquilischer Natur Voraussetzung ist.

Nachdem nun aber das Gesetz die Vertragsklage zulässt, wählen wir das kleinere Uebel. Die Anerkennung des positiven Vertragsinteresses würde die materielle Wertung der nichtmehr existierenden Obligationen verlangen, damit gelangt man wieder zur Durchführung des Vertrages, während der wesentliche Gedanke des Rücktrittes das Erlöschen der gegenseitigen Leistungspflicht ist. Zu welchen Resultaten man vom praktischen Standpunkt aus bei dieser Interpretation des Schadensbegriffs gelangen würde, haben wir oben nachgewiesen. Der Verkäufer, der beim Rücktritt seine

[1]) Kleineidam: Unmöglichkeit und Unvermögen nach B. G. B. § 24. Das deutsche Recht gibt der vertragstreuen Partei die Wahl, entweder den Vertrag durchzuführen mit Umwandlung der unmöglich gewordenen Obligation in Ersatzobligation, wobei aber die vertragstreue Partei selber leistungspflichtig bleibt, oder den Vertrag durch ihren Rücktritt aufzulösen, wodurch Leistungspflicht und Gegenleistungspflicht dahinfallen. Ansprüche aus deliktischem Verschulden bleiben aber vorbehalten.

Digitized by Google

Gegenleistung nicht mehr nach Art. 95 O. R. zur Erfüllung bereithalten muss, könnte das Objekt dieser seiner Leistungspflicht zu einem Schleuderpreis veräussern und den Erlös als Grundlage der Schadensberechnung aufstellen. Zu einem befriedigenden Resultat gelangen wir bei Annahme des negativen Vertragsinteresses, das nur den Schaden umfasst, der aus der Einlassung in den Vertrag erwächst. Man ist deshalb hier des stossenden Eintretens in die Einzelheiten des dahingefallenen Vertrages enthoben; und eine Spekulation des Zurücktretenden auf Kosten der Gegenpartei ist ausgeschlossen. Wir kommen damit zum Schluss: Der Schadensersatz, der bei Verschulden der nichterfüllenden Partei zum Rücktritt hinzu geltend gemacht werden kann, umfasst das negative Vertragsinteresse. Ausserdem steht es der vertragstreuen Partei frei, auf Grund der unerlaubten Handlung gegen den Schuldner vorzugehen, nach Massgabe der Art. 50 ff. O. R.

Es erübrigt uns noch, die Rücktrittsrechte zu nennen, die das Gesetz in seinem speziellen Teil bei den einzelnen Vertragsarten statuiert.[1]) Sie lassen sich nach ihrem Zwecke in drei Gruppen gliedern. Einmal sind sie aufgestellt zum Schutze des Gläubigers, dem mangelhaft erfüllt wurde, oder sie sollen die Auflösung eines Vertrages herbeiführen, dessen Fortdauer einer Partei aus wichtigen Gründen nicht zugemutet werden kann. Schliesslich berechtigen sie die Partei zur Aufhebung des Vertrages, wenn eine vertragsgemässe Erfüllung nicht mehr zu erwarten oder direkt unmöglich geworden ist. Für unsere Arbeit kann nur diese letzte Gruppe in Betracht kommen, denn diese Fälle allein sind die Anwendungen der Rücktrittsrechte des allgemeinen Teils Art. 122 ff. O. R.

[1]) Natürlich fallen hier nur in Betracht die Rücktrittsrechte, die sich auf Nichterfüllen von Seiten des Schuldners gründen, nicht aber die Rücktrittsrechte, die das Gesetz auf anderer Grundlage statuiert.

Digitized by Google

Im Kaufvertrag: Wir haben oben erörtert, dass regelmässig über den Verzug hinaus dem Schuldner eine weitere Erfüllungsfrist mit der Androhung der Aufhebung des Vertrages eingeräumt werden muss, bevor das Rücktrittsrecht geltend gemacht werden kann. Nur wenn die Einhaltung der Erfüllungszeit zum wesentlichen Bestandteil des Vertrages gemacht ist, beim Fixgeschäft, fällt diese Voraussetzung dahin. Für den kaufmännischen Verkehr, das heisst bei Geschäften, bei denen eine Partei ein Handelsgeschäft oder Gewerbe nach kaufmännischer Art betreibt, statuiert Art. 234 I O. R. die Präsumption, dass Verträge mit einem bestimmten Lieferungstermin als Fixgeschäfte aufzufassen seien.[1]) Die Vermutung besteht aber nur gegenüber dem kaufmännischen Schuldner, nicht auch umgekehrt gegenüber dem Nichtkaufmann.

Beim Praenumerando- oder Bargeschäft kann der Verkäufer nach Art. 263 O. R. ohne eine weitere Fristansetzung vom Vertrag zurücktreten, wenn sich der Käufer mit der Zahlung des Kaufpreises im Verzug befindet. Voraussetzung ist aber, dass die Kaufsache noch nicht tradiert oder nach Art. 264 O. R. unter dem besondern Vorbehalt der Fortdauer des Rücktrittsrechts tradiert worden sei. Beiläufig mag bemerkt werden, dass wegen der Eigentum übertragenden Wirkung der Tradition dieser Vorbehalt nur unter den Parteien und gegen bösgläubige Dritte wirkt, nicht aber gegen den gutgläubigen Erwerber der Kaufsache; nur wenn die Abrede sich als Eigentumsvorbehalt darstellt, geniesst sie dingliche Kraft.

---

[1]) Die Präsumption ändert die Beweislast. Während im allgemeinen der Kläger die Abrede eines Stichtages beweisen muss als Bestandteil des Klagefundamentes, weist er hier nur den bestimmten Lieferungstermin nach. Es ist dann Sache des Beklagten zu beweisen, dass im vorliegenden Fall die Abrede eines Fixgeschäftes den Parteien beim Vertragsabschluss fern gelegen habe.

Digitized by Google

Bei der Sachmiete. Art. 293 O. R. gestattet den Erben des Mieters vom Vertrage zurückzutreten beim Tode des Mieters, da diesem der Gebrauch der Mietsache unmöglich ist.[1])

Im Werkvertrag. Der typische Fall des Rücktritts wegen voraussehbaren Unvermögens zu vertragsgemässer Erfüllung findet sich im Werkvertrag Art. 354 O. R. Der Besteller ist zur Aufhebung des Vertrages berechtigt, wenn rechtzeitige Vollendung des Werkes nicht mehr zu erwarten ist, infolge verspäteten Beginnes der Ausführung, oder Verzögerung derselben durch den Unternehmer, oder aus andern Gründen, die ausserhalb der vom Besteller zu vertretenden Umstände liegen.[2]) Ein Verschulden des Unternehmers ist, wie überall zum Rücktritt, so auch hier nicht Voraussetzung; es genügt, dass kein solches in der Person des Bestellers vorliege.

Ein weiteres Rücktrittsrecht statuiert Art. 364 III O. R. zu Gunsten des Unternehmers, das aber in zwei Richtungen von der ordentlichen Form abweicht. Einmal stellt es sich nicht als Parteiakt dar, sondern es muss vom Gericht ausgesprochen werden. Weiter kann hier ausnahmsweise die Partei die Auflösung des Vertrages herbeiführen, die selbst Schuldnerin der nichterfüllbaren Obligation ist. Voraussetzung zur Geltendmachung des Rücktritts ist, dass die Ausführung des übernommenen Werkes infolge ausserordentlicher Umstände, die nicht voraussehbar waren zur Zeit des Vertragsabschlusses, unmöglich geworden ist, oder den Unternehmer so sehr belasten würde, dass dieser Kräfteaufwand

[1]) Dieses Rücktrittsrecht besteht aber nur bei Mietsverträgen, die mindestens auf die Dauer eines Jahres abgeschlossen sind; es ist ausserdem an die gesetzlichen Kündigungsvorschriften des Art. 290 O. R. gebunden.

[2]) Gemäss Art. 369 O. R. kann der Besteller überhaupt vom Vertrage zurücktreten, solange das Werk unvollendet ist, er hat aber dem Unternehmer die bereits geleistete Arbeit zu bezahlen und ihn schadlos zu halten, wenn nicht die Voraussetzungen des Art. 354 O. R. vorliegen.

Digitized by Google

seine vertragsgemässe Leistungspflicht übersteigen würde und man in diesem Sinne von Unmöglichkeit der Erfüllung sprechen kann.[1]) Hat aber der Unternehmer auch diese Gefahr ausdrücklich übernommen, so muss darin ein Verzicht auf das Rücktrittsrecht erblickt werden.

Der Anspruch der vertragstreuen Partei auf Schadensersatz, den Art. 124 O. R. festsetzt, ist im speziellen Teil des Gesetzbuchs bei den genannten Rücktrittsrechten nicht wiederholt, wir halten es aber für selbstverständlich, dass Art. 124 O. R. als die allgemeine Vorschrift auch in diesen Spezialfällen Geltung beanspruchen kann, soweit überhaupt die Zusprechung von Schadensersatz in Frage kommen kann, wie zum Beispiel bei Anwendung der Art. 234, 263, 354 O. R.

Wir haben damit die Betrachtung des Unvermögens zur Erfüllung in seinen Voraussetzungen einerseits und in seinen Wirkungen auf das Vertragsverhältnis andererseits zu Ende geführt und wenden uns nun dem Tatbestande zu, wo das Unvermögen zufolge der Schuldlosigkeit des Nichterfüllenden zur nachträglichen Unmöglichkeit wird.

---

[1]) Der Richter, der die Aufhebung des Vertrages aussprechen sollte, kann statt dessen mit dem Einverständnis des Bestellers auch eine billige Erhöhung des Preises eintreten lassen.

Digitized by Google

3. Abschnitt: Nachträgliche Unmöglichkeit. Art. 145 O. R.

„Soweit durch Umstände, welche der Schuldner nicht zu verantworten hat, seine Leistung unmöglich geworden ist, gilt die Forderung als erloschen."

§ 13. Ihre Voraussetzungen.

Eine Gesetzesbestimmung mit dem materiellen Inhalt unseres Art. 145 O. R. fehlt in den ersten Entwürfen zum schweizerischen Obligationenrecht. Die Wirkung der nichtzuverantwortenden Nichterfüllung ergab sich e contrario aus Art. 138 jener älteren Projekte, der unserem geltenden Art. 110 O. R. entspricht. Als aber der dritte Entwurf dem allgemeinen Teil einen Titel über das Erlöschen der Obligation beifügte, musste auch dieser Tatbestand darin Aufnahme finden. Wie sich aus der zeitgenössischen Litteratur zu den Vorarbeiten[1]) ergibt, glaubte man in dem Art. 145 zwei Erlöschungsgründe des französischen Gesetzbuches[2]) zu umfassen, den concursus duarum causarum lucrativarum in der Person des Gläubigers und die Nichterfüllung wegen Unterganges der Sache ohne Verschulden des Schuldners. Die Absicht der Redaktoren bei Schaffung des Gesetzes ist aber für unsere Interpretation unverbindlich. Für uns stellt sich Art. 145 O. R. grundsätzlich dar als die Ausführung des Exkulpationsbeweises in Art. 110 O. R.

Die nachträgliche Unmöglichkeit als Erlöschungsgrund setzt wiederum zeitliche und materielle Elemente voraus.

[1]) v. Wyss: Motive zu der Neuordnung des allgemeinen Teils von 1877.
[2]) C. c. fr. section V u. VI, chap. V, tit. III, liv. III.

Digitized by Google

1. Zeitliche Umgrenzung: Aus dem Wortlaut unserer Gesetzesbestimmung ergibt sich, dass die Nichterfüllbarkeit der Obligation nicht schon im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses feststehen darf. Das Hindernis, das der Leistung im Wege steht, muss nach der Perfektion des Vertrages eingetreten sein, nachdem also die Verbindlichkeit des Schuldners in Kraft erwachsen ist.[1]) In diesem zeitlichen Moment liegt die Abgrenzung des Art. 145 O. R. vom Wirkungsgebiet des Art. 17 O. R.

2. Materielle Umgrenzung: Die nachträgliche Unmöglichkeit hat, wie das Unvermögen, zwei natürliche Voraussetzungen, dass der Schuldner erfüllen sollte, und dass er nicht erfüllen kann. Was nun aber die nachträgliche Unmöglichkeit charakterisiert, ist, dass das Nichterfüllenkönnen vom Schuldner nicht zu verantworten ist. Für die Verantwortlichkeit ist grundsätzlich massgebend, ob die Nichterfüllung auf ein Verschulden des Schuldners zurückzuführen sei, gemäss Art. 110 ff. O. R. Ausnahmsweise können Vertrag oder Gesetz eine weitergehende Haftung des Schuldners aufstellen, sodass Umstände unter dessen Verantwortlichkeit fallen, die zufälliger Natur sind. Niemals aber kann sich die schuldnerische Haftbarkeit erstrecken auf Erfüllungshindernisse, die in der Person des Gläubigers begründet sind.[2]) Selbst bei Haftung für Zufall muss dem Schuldner der Beweis gestattet werden, dass das zufällige Ereignis den Leistungsgegenstand auch beim Gläubiger getroffen hätte, zum Nachteil desselben.

---

[1]) Glaubten die Parteien blos, die Leistung sei unmöglich geworden, und stellt sich später heraus, dass das Hindernis gar nicht existierte oder wieder weggefallen ist, so lebt die Obligation wieder auf, wenn nicht unterdessen die Zeit der Erfüllung abgelaufen ist, oder der Gläubiger inzwischen andere Dispositionen getroffen hat.

[2]) Aus diesem Grunde cessiert die laut Vertrag oder Gesetz vom Schuldner übernommene Haftung für Zufall, wenn der Gläubiger in Annnahmeverzug kommt.

Digitized by Google

Wir halten es nicht für nötig, an dieser Stelle auf die Untersuchung des Verschuldensbegriffes in Art. 110 O. R. zurückzukommen, wir verweisen diesbezüglich auf unsere ausführliche Erörterung im zweiten Abschnitt.[1]) Es ist dort ausgeführt, dass der Schuldner zwei Möglichkeiten der Exkulpation hat; entweder weist er nach, dass die Nichterfüllbarkeit die Folge eines zufälligen, von ihm nicht zuvertretenden Ereignisses ist, oder er beweist durch positive Tatsachen, dass er sich alle Mühe gegeben hat, die Erfüllbarkeit herbeizuführen, und er nichtsdestoweniger nicht leisten kann. Wir fassen nun die Anwendung dieser Interpretation des Art. 145 (respektive des Exkulpationsbeweises des Art. 110 O. R.) auf die drei gemeinrechtlichen Vertragsklassen in's Auge, auf die Obligation dandi, faciendi und non faciendi.

Was die Verbindlichkeiten betrifft, die die Uebereignung körperlicher Sachen oder Bestellung dinglicher Rechte zum Inhalt haben,[2]) so muss unterschieden werden, ob der Leistungsgegenstand spezifisch oder generisch bestimmt ist. Die Erfüllung einer Speziesschuld oder einer Genusschuld, die spezialisiert ist durch Ausscheidung und eventuell durch Abgabe zur Versendung, wird nachträglich unmöglich: Wenn der Gegenstand ohne Verschulden des Schuldners zu Grunde gegangen ist, — wenn der Gegenstand sich dergestalt verliert, zum Beispiel infolge Diebstahls, dass man über die Existenz desselben nichts mehr weiss, — wenn der Gegenstand durch Gesetzesvorschrift dem Verkehr entzogen ist, — wenn der Gegenstand auf anderem lukrativem Wege in den Besitz oder das Recht des Gläubigers gekommen ist. Alle diese Tatbestände charakterisieren sich vom Standpunkt des Schuldners aus als Zufall, da das Hindernis zur Erfüllung

[1]) Vergl. pag. 39—44.

[2]) Nach Art. 204 I. des schweizerischen O. R. fällt die Verbindlichkeit, die blos Besitzübertragung zum Inhalt hat, nicht unter den Begriff des Veräusserungsvertrages.

Digitized by Google

die Folge eines von aussenher eintretenden Ereignisses ist. Verfügte der Schuldner über den Leistungsgegenstand, so ist ein anderer Umstand, der die Nichterfüllung entschuldigen würde, nicht denkbar. Schwieriger gestaltet sich die Frage, wenn er sich den Besitz oder das Recht über das Objekt seiner Leistungspflicht erst verschaffen muss, und der Dritte die Abtretung verweigert. Hier verpflichtet die Diligenzpflicht den Schuldner, sein Möglichstes zu tun, ohne Rücksicht auf die Kosten, um die Erfüllbarkeit herbeizuführen. Gelingt es dem Nichterfüllenden, durch den Nachweis seiner Anstrengungen dem Richter die Ueberzeugung beizubringen, dass die Nichterfüllung nicht auf seine Nachlässigkeit zurückzuführen sei, so soll der Exkulpationsbeweis als erbracht betrachtet werden.

Bei generisch bestimmtem Leistungsgegenstand kann der Schuldner noch nicht von Nichterfüllenkönnen sprechen, wenn der Vorrat, aus dem er zu schöpfen gedachte, zufällig verloren oder zu Grunde gegangen ist. Er kann sich die zur Erfüllung nötigen Mittel anderswoher verschaffen, und seine vertragliche Verpflichtung zwingt ihn dazu, denn — genus perire non censetur. Unmöglichkeit im Sinne des Gesetzes liegt aber dann vor, wenn die ganze Gattung ausgestorben oder ausser Verkehr gesetzt ist. Weiter muss auch hier dem Schuldner der Beweis gestattet werden, dass er trotz Anwendung aller Sorgfalt und ohne Rücksicht auf die Kosten den Leistungsgegenstand nicht beschaffen konnte. Es wird sich dabei immer um Objekte handeln, die in beschränkter Quantität vorhanden sind, wie es in dem bereits citierten Tatbestand aus der bundesgerichtlichen Praxis[1]) der Fall war. Bei der reinen Geldschuld erscheint eine unverschuldete Nichterfüllung ausgeschlossen. In normalen Zeiten wird ein kreditwürdiger Schuldner immer die zur

[1]) B. G. S. XXVII (II) pag. 215.

Digitized by Google

Leistung nötigen Mittel auftreiben können. Geldmangel und Kreditlosigkeit wird als verschuldeter, und deshalb zu vertretender Umstand angesehen.

Ist Gegenstand der Leistungspflicht eine Tätigkeit, so muss unterschieden werden, ob die persönliche Erfüllung des Schuldners ein wesentlicher Bestandteil des Vertrages bilde, oder nicht. Im ersteren Falle ist jedes Hindernis in dessen Person, das ohne Verschulden eintrat, ein Entschuldigungsgrund, wie zum Beispiel Tod, Krankheit, Verlust der Handlungsfähigkeit, militärisches Aufgebot etc. Kann aber die Obligation auch von einem Dritten vertretungsweise erfüllt werden, erlischt die Leistungspflicht mit dem persönlichen Hinderungsgrund noch nicht, vielmehr muss nun der Schuldner für die Erfüllung durch einen Dritten sorgen. Hier kann der Nichterfüllende zur Exkulpation wieder vorbringen, er habe es an der nötigen Sorgfalt nicht fehlen lassen und trotzdem keinen Dritten gefunden, der an seinem Platz zu leisten bereit war; es muss auch genügen zur Exkulpation, wenn der Schuldner sich in einem derartigen Zustand befand, dass er die zur Vertretung erforderlichen Schritte nicht tun konnte. Die Parteien sprechen sich regelmässig nicht darüber aus, ob die persönliche Erfüllung des Schuldners ein wesentliches Vertragsmoment bilde, der Richter muss deshalb den einzelnen Vertrag nach dieser Richtung prüfen, davonausgehend, dass diese Absicht dem Parteiwillen da immer zu unterschieben sei, wo die Kontrahenten in einem Vertrauensverhältnis zu einander stehen, wie beim Dienstvertrag, oder wo auf Seiten des Schuldners eine besondere Kunstkenntnis vorausgesetzt wird, wie beim Werkvertrag, Verlagsvertrag etc.

Schliesslich bleiben noch die Obligationen zu betrachten, die ihrem Inhalt nach den Schuldner zu einer Unterlassung verpflichten. Hier kann naturgemäss keine dritte Person in Frage kommen, die für den Schuldner erfüllen würde, denn

Digitized by Google

das Nichttun des Dritten ersetzt niemals das Nichttun seitens des Verpflichteten. Theoretisch sind auch hier Fälle unverschuldeter Nichterfüllung denkbar, der Schuldner verletzt zum Beispiel seine Vertragspflicht im Notstand; Art. 112 des Gesetzes scheint aber jede Exkulpation auszuschliessen.

---

§ 14. Ihre Wirkung.

Die Stellung des Art. 145 O. R. unter dem Titel „Erlöschen der Obligation" bedeutet für uns, dass die Verbindlichkeit bei nachträglicher Unmöglichkeit der Erfüllung mit allen Nebenrechten, wie Bürgschaft und Pfandrechten, untergeht. Es bleibt von der Obligation nichts mehr zurück.

Eine besondere Betrachtung erfordert auch hier der synallagmatische Vertrag.[1]) Mit dem Untergang der Leistungspflicht auf einer Seite fällt die eine Hälfte des Vertrages dahin, was geschieht nun mit der andern Hälfte, der an sich erfüllbaren Obligation? In unserer Darstellung der gemeinrechtlichen Grundsätze haben wir darauf hingewiesen, dass in diesem Problem die Frage der Gefahrtragung im Vertrag liegt.[2]) Das gemeine Recht und der code civil français geben keine allgemeine Antwort darüber, ob der Gläubiger der unmöglich gewordenen Verbindlichkeit seinerseits erfüllen müsse; sie entscheiden sich bei den einzelnen Verträgen, und zwar in verschiedenem Sinne. Das schweizerische Obligationenrecht stellt in Art. 145 II als Prinzip

[1]) Zweiseitige Verträge im Sinne des Obligationenrechts sind Kauf, Tausch, Miete, Pacht, Verlagsvertrag und Gesellschaftsvertrag. Bei letzterem liegt aber nicht Austausch der Leistungen im Parteiwillen, sondern Zusammenwirken derselben.

[2]) Vergl. pag. 13. Immerhin wird die Wirkung nachträglicher Unmöglichkeit nur insofern von der Gefahrtragung beeinflusst, als der Grund der Nichterfüllbarkeit zufälliger Untergang des Leistungsgegenstandes ist.

Digitized by Google

die gegenseitige Abhängigkeit der beiden synallagmatischen Obligationen auf. Der Untergang der unmöglichen Forderung zieht den Untergang der an sich möglichen Forderung nach sich. Kaum aber hat das Gesetz die Regel aufgestellt, sieht es sich gezwungen, eine allgemeine Ausnahme zu machen. Der Vertrag muss, soweit es möglich ist, erfüllt werden, wenn die Gefahr vor der Erfüllung auf den Gläubiger übergeht.

Wir werden uns zunächst mit der Regel zu befassen haben, hernach in § 15 mit der allgemeinen Ausnahme in Art. 204 O. R. und endlich in § 16 die Gefahrtragung in den speziellen Vertragsarten zu untersuchen haben.

Regelmässig verliert der freigewordene Schuldner seinen Anspruch auf die Gegenleistung. Hat der andere Teil bereits erfüllt, so muss das Empfangene zurückerstattet werden. Dieses Rückforderungsrecht aus Art. 145 II O. R., analog demjenigen aus Art. 124 O. R., kann nicht mit der Vertragsklage geltend gemacht werden, da der Vertrag gar nicht mehr besteht. Es handelt sich hier um einen Anspruch aus Bereicherung, indem eine Vermögensübergabe stattgefunden hat ohne rechtmässigen Grund. Anwendbar ist speziell Art. 71 O. R.; der Vermögensübergang erfolgte aus einem nachträglich weggefallenen Grunde, dem Vertrag. Betreffend den Umfang des Zurückzuerstattenden kommt der böse oder gute Glaube des Schuldners in Betracht, der in der Kenntnis, respektive Unkenntnis der Unmöglichkeit eigener Erfüllung besteht.

---

§ 15. Uebergang der Gefahr im Veräusserungsvertrag: Art. 204 O. R.

Die erste und wichtigste Ausnahme vom Prinzip der Abhängigkeit synallagmatischer Obligationen statuiert das schweizerische Obligationenrecht im Veräusserungsvertrag,

Digitized by Google

gemäss Art. 204. Vorbehalten besondere Verabredungen und Verhältnisse trägt der Erwerber die Gefahr des zufälligen Untergangs der Sache vom Zeitpunkt des Vertragsabschlusses an. Unser Gesetz versteht unter Veräusserungsvertrag nur die Verpflichtung zur Uebertragung einer Sache zu Eigentum oder einem andern dinglichen Rechte,[1]) wozu noch der Genuss an der Sache kommen muss, während das gemeine Recht unter diesen Begriff auch die Verpflichtung zur Uebertragung zu blossem Besitz ohne das dingliche Recht fasst.

Die volkstümliche Anschauung weist den Schaden des Untergangs einer Sache demjenigen zu, dem die Sache gehört. In diesem Sinne haben die Römer den Satz aufgestellt: „dominus sentit casum." Die verfeinerte Rechtsauffassung kann sich aber mit dieser Logik nicht begnügen. Einmal ist es häufig schwer festzustellen, wem eine Sache gehört. Ferner sind beim Austausch der Lebensgüter nicht nur die Parteien interessiert, zwischen denen der Wechsel stattfinden soll, sondern auch Dritte, die auf das Objekt dieses Austauschs einen Anspruch zu haben glauben. Von drei eng verbundenen Gesichtspunkten aus muss die Rechtsordnung die streitenden Interessen auseinanderhalten, durch die Ordnung des Eigentumsübergangs, des Gefahrübergangs und der Vindikation. Dabei mag von vorneherein festgestellt werden, dass der Gefahrübergang das Verhältnis unter den Parteien betrifft, während die beiden andern Elemente die Beziehungen Dritter zu den Parteien im Auge haben.

Den Redaktoren unseres Gesetzbuches standen zwei durchgebildete Systeme über dieses Gebiet zur Verfügung, ein gemeinrechtliches, vertreten durch die Kantone deutscher Sprache, und ein französisches, das sich in der romanischen

[1]) Auch bei dieser Einweisung ins dingliche Recht ist eine Tätigkeit des Schuldners erforderlich, diese Obligationen unterscheiden sich aber von der obligatio faciendi dadurch, dass bei ihnen nicht die Lieferung. sondern der Leistungsgegenstand selbst die Hauptsache ist.

Digitized by Google

Schweiz eingebürgert hatte. Die ersten Gesetzesentwürfe adoptierten das französische System, und nur unter heftigem Kampfe gelang es der Opposition, in dem endgültigen Text einen Mittelweg einzuführen.

Das gemeine Recht trennt im Prinzip den Uebergang von Nutzen und Gefahr einerseits und des Eigentums anderseits. Der Uebergang des dinglichen Rechts erfolgt erst mit der Tradition, derjenige der Gefahr schon bei der Konvention. Der Grund, wesshalb man dem Erwerber die Gefahr aufbürdet, bevor er Eigentümer wird, ist die Erwägung, dass er die rechtliche Verfügungsgewalt bereits hat, und desshalb in der Lage ist, durch Weiterveräusserung den Schaden von sich abzuwenden. Umgekehrt will man im Interesse der Sicherheit des Verkehrs den Eigentumswechsel nicht an die Konvention knüpfen. In der Vindikationsfrage kennzeichnet sich das gemeine Recht durch den Satz: „ubi rem meam invenio, ibi vindico." Der Verlust des dinglichen Rechtes an der Sache gegen den Willen des Trägers desselben ist ausgeschlossen.

Nach dem code civil français gehen im Veräusserungsvertrag Nutzen und Gefahr einerseits, und Eigentum anderseits mit dem Vertragsabschluss auf den Erwerber über.[1]) Genauer gesagt ist der massgebende Zeitpunkt die Perfektion des Vertrages, denn die dingliche Wirkung tritt nicht mit dem Consens unter den Parteien ein, sondern im Moment, wo auf Seiten des Erwerbers ein Klagrecht, die actio nata, entsteht.[2]) Ein blosser Fälligkeitstermin kann aber die dingliche Wirkung des Vertrages nicht hemmen.[3]) Dieses System ist auch in Frankreich angefeindet worden, man hat behauptet, dass auch nach französischem Recht die Konvention nur unter den Parteien wirken könne und dass

[1]) C. c. fr. Art. 1138 II.; vergl. ferner Art. 938, 1583.
[2]) Demolombe XXIV, 396 ff.
[3]) C. c. fr. Art. 1185.

Digitized by Google

Dritten gegenüber zum Eigentumsübergang Tradition erforderlich sei; man hat sogar versucht das Eigentumsrecht zu unterscheiden in seinen Wirkungen unter den Parteien und gegen Dritte. Einen Anhalt findet man scheinbar dafür in Art. 1141 c. c. fr. Hat nämlich der Veräusserer den Gegenstand successive zwei Erwerbern stipuliert, so geht derjenige vor, der zugleich im Besitz des Gegenstandes ist, selbst wenn sein Titel späteren Datums wäre. Hätte der erste Erwerber auf Grund der Konvention wirklich das Eigentum erworben, so könnte ihm dieses Recht nicht mehr entzogen werden; der Veräusserer wäre gar nicht mehr in der Lage das Recht weiter zu übertragen. Die Argumentation ist falsch; der erste Erwerber ist tatsächlich Eigentümer geworden, er hat aber sein Recht wieder verloren an den Besitzenden. Dessen Titel ist aber nicht die Konvention, sein Recht erwuchs vielmehr originär aus dem gutgläubigen Erwerb nach Art. 2279 c. c. fr., und dieser Titel ist stärker als derjenige des ersten Erwerbers.

Die französische Ordnung hat den grossen Vorzug, die Situation unter den Parteien abzuklären, wie sehr aber mit dieser Regelung für sich allein dem Betruge Tür und Tor geöffnet würden, ergibt sich schon daraus, dass kein Erwerber gesichert wäre vor der Behauptung, über den Erwerbsgegenstand bestehe eine ältere Konvention. Die Korrektur vollzieht das französische Gesetz in der Ordnung der Vindikationsfrage mit der Schaffung eines neuen Prinzips, „en fait de meubles la possession vaut titre.[1]) Mit der Tradition erwirbt der Empfänger originärerweise Eigentum auf Grund seines gutgläubigen Besitzes.[2]) Der Konflikt, der zwischen dem nichtbesitzenden Eigentümer und dem gutgläubigen

[1]) C. c. fr. Art. 2279 I.

[2]) Aus der Unterordnung des Art. 2279 unter den Titel „de la prescription" muss geschlossen werden, dass dieser Eigentumserwerb als momentane erwerbende Verjährung aufzufassen ist.

Digitized by Google

Erwerber entstehen muss, wird zu Gunsten des letzteren entschieden. Art. 1141 c. c. fr. Es würde uns zu weit vom Thema abführen, wenn wir auf die Ausnahmen eintreten wollten, wo das Gesetz die Vindikation gestattet.

Abgesehen von unbedeutenden Modifikationen sind die Rechte der welschen Kantone[1]) in diesen Kardinalpunkten ihrem Mutterrechte gefolgt. Einzig Freiburg nähert sich in Art. 2137 seines Civilgesetzbuches betreffend die Vindikationsfrage dem gemeinen Recht.

Bei der Schaffung des schweizerischen Obligationenrechts wurde von Anfang an der Ausschluss der Vindikation gegenüber dem gutgläubigen Besitzerwerb aus dem französischen Recht herübergenommen, er hat denn auch Aufnahme gefunden in den Art. 205—9 des Gesetzestextes. Auch in der Ordnung des Uebergangs von Nutzen und Gefahr einerseits, und des Eigentums anderseits schloss man sich ursprünglich dem code civil français an. Noch im zweiten und dritten Entwurf[2]) knüpfen sich diese Erfolge unmittelbar an die Konvention, vorbehalten natürlich abweichende Parteiabrede. Nur bei Gattungsschulden musste dazu kommen die Ausscheidung und eventuell Abgabe an die Post oder den Spediteur beim Distanzgeschäft. Jetzt liessen sich aber eine Reihe von Stimmen vernehmen, zu Gunsten des gemeinrechtlichen Systems, das zum Eigentumsübergang Tradition erfordert. Namentlich der im Jahre 1877 in Zürich versammelte schweizerische Juristenverein, aber auch romanische Quellen, wie die juristische Fakultät von Lausanne, opponierten gegen

[1]) Betreffend Uebergang von Gefahr und Eigentum C. G. B. von Waadt: Art. 839 II; Freiburg: Art. 1230; Wallis: Art. 1021; Neuenburg: Art. 918.

Betreffend Ausschluss der Vindikation C. G. B. von Waadt: Art. 1681; Wallis: Art. 2030; Neuenburg: Art. 1823.

[2]) Art. 202 des Entwurfs vom Jahre 1872 und des Entwurfs vom Jahre 1877.

Digitized by Google

die bisherige Fassung der Entwürfe. Es erfolgte darauf eine grundsätzlich neue Ordnung im vierten Entwurf vom Jahre 1879. Man suchte auf einem Mittelwege das gemeinrechtliche und das französische System zu versöhnen. Prinzipiell liess Art. 199 des Entwurfes das Eigentum erst mit der Besitzübergabe übergehen, und da man sich nicht entschliessen konnte, den Uebergang des dinglichen Rechtes einerseits und den jenigen von Nutzen und Gefahr andererseits von einander zu trennen, so verlegte man auch den letzteren Erfolg in den Zeitpunkt der Tradition, Art. 220 des Entwurfes. Der Begriff der Tradition, darin bestand nun die Konzession an die französische Auffassung, wurde aber sehr erweitert. Während zur gemeinrechtlichen traditio grundsätzlich tatsächliche Uebergabe der Sache erforderlich ist,[1]) genügt nach Art. 218 I des Entwurfes, dass die Sache ausgeschieden und als Eigentum des Erwerbers genügend bezeichnet sei. Nur wenn nachweisbar Benachteiligung Dritter beabsichtigt wurde, geht das Recht an der Sache, die im Gewahrsam des Veräusserers geblieben ist, nicht auf den Erwerber über, Art. 219 I des Entwurfs.

Mit Grund ist man in der endgültigen Redaktion des Gesetzestextes nicht bei dieser Ordnung stehen geblieben. Die Quasitradition, die in der genügenden Bezeichnung der Sache als Eigentum des Erwerbers besteht, ist praktisch unbrauchbar und hätte im Rechtsverkehr die grösste Unsicherheit hervorgerufen. Aber noch ein anderer Mangel liegt in dieser Regelung des vierten Entwurfes. Wir erinnern uns, dass Art. 221 desselben dem gutgläubigen Besitzerwerb eigentumserwerbende Kraft verleiht. Unmöglich aber konnte auch hier der Begriff des Besitzerwerbes so extensiv interpretiert werden, der Entwurf sah sich deshalb gezwungen, in Art. 221 ausdrücklich zu erklären, dass hier die Besitz-

[1]) Nur unter besonderen Kautelen weicht das gemeine Recht von diesem Prinzip ab im constitutum possessorium.

Digitized by Google

übergabe nicht als vollzogen gelte, solange die veräusserte Sache im Gewahrsam des Schuldners verbleibe. Es finden sich demnach in jenem Entwurf zwei verschiedene Begriffe der Besitzübertragung. Das Gesetz hat diese Nachteile vermieden, indem es in dieser Materie die Grundsätze des gemeinen Rechtes adoptierte. Der Uebergang[1]) von Nutzen und Gefahr erfolgt nach Art. 204 I O. R. mit der Konvention, und der Uebergang des dinglichen Rechtes mit der Tradition, die gemäss Art. 199—203 O. R. als Regel die tatsächliche Uebergabe der Sache verlangt.

Nach dieser Abschweifung, die uns Art. 204 I O. R. als Ausnahme von Art. 145 II O. R. verständlich macht, kehren wir wieder zum Thema zurück. Wir haben festgestellt, dass der Grundsatz der Abhängigkeit synallagmatischer Obligationen im Veräusserungsvertrag durchbrochen wird, durch die Ueberweisung der Gefahr des Unterganges der Sache an den Erwerber vom Moment des Vertragsabschlusses an. Unter Umständen ist aber der Uebergang der Gefahr, und damit die Aufhebung des von Art. 145 II O. R. statuierten Synallagmas noch von weiteren Voraussetzungen abhängig; bei Gattungsschulden muss die Ausscheidung der Sache vorgenommen worden sein und beim Distanzgeschäft die Versendung. Art. 204 I O. R. Im bedingten Vertrag steht der Erwerber pendente condicione noch nicht für zufälligen Untergang der Sache ein, gemäss Art. 204 II O. R. Unter dieser Bedingung kann aber nur die suspensive verstanden sein; es ist nicht denkbar, dass das Gesetz beim resolutivbedingten Vertrag den Uebergang der Gefahr auf den Erwerber während des Schwebezustandes hemmen wolle, obwohl

[1]) Die Ausdrucksweise des Textes „Uebergang der Gefahr" ist ungeschickt. Es muss auseinandergehalten werden die Gefahr des Untergangs der Sache (diese könnte natürlich den Veräusserer auch treffen) und die Gefahr aus dem Vertrag, die darin besteht, dass ein Teil erfüllen muss, ohne dass ihm erfüllt wird. Diese Gefahr überträgt Art. 204 auf den Schuldner.

Digitized by Google

der Vertrag mit der Konvention perfekt wird, und es zweifelhaft erscheint, ob die auflösende Bedingung überhaupt eintreten werde. Schliesslich beansprucht die Ordnung des Art. 204 O. R. nicht absolute Geltung, die Parteien können sich über die Verteilung der Gefahrtragung frei verabreden. Selbst ohne spezielle Abrede kann sich unter besonderen Verhältnissen der Parteiwille ergeben, die Gefahr des zufälligen Unterganges erst mit der Tradition auf den Erwerber übergehen zu lassen. In diesem Falle kommt dann wieder die Hauptregel des Art. 145 II zur Wirkung, wonach nichtzuverantwortende Unmöglichkeit der Erfüllung das Vertragsverhältnis in seiner Gesamtheit vernichtet.

---

§ 16. Die Gefahrtragung in den zweiseitigen Vertragsarten.

Zwei allgemeine Betrachtungen müssen vorausgeschickt werden.

Wie wir schon früher anführten, kann man von Gefahrtragung im Vertrag nur sprechen, wenn eine Partei erfüllen muss, ohne dass ihr selbst erfüllt wird. Geht der Leistungsgegenstand erst nach der Erfüllung unter, wie es zum Beispiel Art. 387 I für den Verlagsvertrag voraussieht, so berührt das die Frage der Gefahrtragung des Vertrages nicht mehr. Hier wurde dem Verleger erfüllt und es ist selbstverständlich, dass er jetzt seiner Verpflichtung auf Bezahlung des Honorars auch nachkommen muss.

Es gibt synallagmatische Obligationen, deren Erfüllung sich in einem einmaligen Akt vollzieht, wie zum Beispiel die Tradition einer geschuldeten Sache. Hier kommt in Betracht für die Gefahrtragung die Schwebezeit zwischen Vertrags-

Digitized by Google

abschluss und Ausführung. Bei andern Obligationen erfordert die Erfüllung eine gewisse Zeitdauer, stellt also einen Zustand her, wie zum Beispiel die Ueberlassung eines Gegenstandes zur Miete. Nach richtiger Auffassung dauert hier die Gefahrtragung bis zum Moment, wo die Erfüllung vollendet, die Zeitdauer abgelaufen ist, denn der Schuldner kann eine vollständige Erfüllung verlangen, und er trägt die Gefahr, wenn er ganz erfüllen muss, selbst aber nur unvollständig, das heisst nicht für die volle Vertragszeit, die Gegenleistung empfängt.

Im Kaufvertrag befreit das zufällige Unmöglichwerden der Leistung der Sache den Käufer nicht von der Pflicht zur Zahlung des Kaufpreises, wenn wenigstens die Nichterfüllbarkeit durch den Untergang des Kaufsobjektes herbeigeführt wurde. Es fehlt zwar im Gesetz an einer speziellen Bestimmung, dagegen ist aus der Definition des Kaufes in Art. 229 O. R., die den Verkäufer verpflichtet, den Gegenstand dem Käufer zu vollem Recht und Genuss zu überlassen, zu erkennen, dass die Bestimmungen über den Veräusserungsvertrag, insbesondere Art. 204 I O. R., direkt zur Anwendung gelangen.

Beim Tauschvertrag kommen nach Art. 272 O. R. die Bestimmungen des Kaufvertrages für jede einzelne Obligation zur Anwendung, somit auch Art. 204 I O. R. betreffend die Gefahrtragung.

Im Miet- und Pachtvertrag spricht sich das Gesetz nicht speziell über die Tragung der Gefahr aus, es kommt somit die allgemeine Regel des Art. 145 II O. R. in Betracht, wonach der Untergang der einen Obligation denjenigen der andern nach sich zieht. Was das Gesetz in Art. 279 für die Miete und in Art. 298 für die Pacht bestimmt, gehört nicht in unseren Zusammenhang. Es handelt sich ja dort überhaupt nicht um Nichterfüllung, sondern um Unfähigkeit der Annahme der Erfüllung.

Digitized by Google

Eine allgemeine Ordnung in dieser Frage findet sich auch nicht für den Dienstvertrag. Auch hier kommt deshalb Art. 145 II O. R. zur Wirkung. Nun bestimmt allerdings Art. 341 O. R., dass der Dienstpflichtige aus einem auf längere Zeitdauer abgeschlossenen Dienstvertrag den ganzen Lohn auch dann erhalten solle, wenn er wegen Krankheit, Militärdienst. oder wegen ähnlicher Gründe, die ohne sein Verschulden eingetreten sind, auf verhältnismässig kurze Zeit an der Leistung seiner Dienste verhindert wird. Darin liegt eine Abweichung von der Regel des Art. 145 II O. R., der Dienstherr muss ganz erfüllen, erhält aber die Gegenleistung nur teilweise. Aus der engen Einschränkung dieser Ausnahme zu Gunsten des wirtschaftlich Schwachen tritt die allgemeine Regel umso deutlicher zu Tage, dass sonst die nichtzuvertretende Unmöglichkeit der Erfüllung den ganzen Vertrag aufhebt.

Betreffend den Werkvertrag spricht Art. 367 des Gesetzes das Synallagma der Obligationen ausdrücklich aus, offenbar weil diese Ordnung vom gemeinen Recht abweicht, welches dem Unternehmer seinen Lohn zusprach, wenn das Werk nach seiner Fertigstellung, aber vor der Uebergabe an den Besteller untergegangen war. Die Uebergabe des Werkes ist ein Formalakt, der der Mitwirkung des Bestellers bedarf. Wenn nun der Besteller das Werk wegen mangelhafter Ausführung nicht übernehmen will, so verbleibt natürlich die Gefahr beim Unternehmer. Der Richter entscheidet aber darüber, ob die Verweigerung der Annahme unbegründet war, und deshalb der Besteller sich im Annahmeverzug befand, der ihm die Gefahr des zufälligen Untergangs gemäss Art. 367 I O. R. aufbürdet. Insbesondere befreit ein blosser Mangel des Werkes nicht von der Pflicht zur Uebernahme.

Für den Verlagsvertrag kommt in Betracht Art. 387 O. R. der die Gefahr des Unterganges des Werkes im Moment seiner Ablieferung vom Urheber auf den Verleger überträgt.

Digitized by Google

Diese Ablieferung entspricht der Tradition im Veräusserungsvertrag, denn wenn es sich auch nicht um Uebertragung zu Eigentum handeln kann, so hat der Verleger an dem Objekt doch ein ius ad rem.[1]) Dass der Verleger also von diesem Zeitpunkt an die Gefahr des zufälligen Unterganges trägt, ist deshalb selbstverständlich, weil ihm erfüllt ist. E contrario muss aber aus Art. 387 O. R. geschlossen werden, dass den Verleger die Gefahr vorher nicht trifft, selbst wenn das Werk vollendet beim Urheber liegt. Wir finden dies bestätigt in Art. 389 I O. R., wonach die Unmöglichkeit der Vollendung des Werkes durch den Urheber das Erlöschen des Vertrages herbeiführt. Der sehr vage gehaltene zweite Absatz dieses Artikels scheint für Fälle anwendbar zu sein, wo nicht eigentliche Unmöglichkeit der Erfüllung vorliegt, sondern ein Dritter das Werk zu Ende führen kann, da die Person des Erfüllenden keine wesentliche Rolle mehr spielt.

Im Gesellschaftsvertrag kann von einer Gefahrtragung bezüglich des Gesellschaftsverhältnisses an sich nicht die Rede sein. Dagegen können hier die Bestimmungen des Kaufvertrages, respektive Mietvertrages zur Anwendung gelangen, insoweit, als der Vertragsinhalt einen Gesellschafter verpflichtet, der Gesellschaft eine Sache zu Eigentum, resp. zur Miete, einzubringen, Art. 528 O. R. Diese Gesetzesbestimmung ist aber nicht so zu verstehen, dass nun innerhalb des Gesellschaftsvertrages ein selbständiger Kaufvertrag bestehe, sondern es gelten im allgemeinen auch hier die Grundsätze des Gesellschaftsrechtes, da der Gesellschaftsvertrag als hauptsächlichster Bestandteil die andern Abmachungen in seine Sphäre zieht.

[1]) Kohler: Handbuch des deutschen Patentrechts, pag. 55.

Digitized by Google

Verzeichnis der citierten Literatur.

Archiv für civ. Praxis: Aufsätze von Stintzing Band X, Wächter XV, Ude XLVIII, Hesse LXI, Bolze LXXIV.

Bechmann: Der Kauf I.

Brinz: Pandekten II: Kritische Ueberschau V.

Bundesgerichtsammlung XV, XVI, XIX, XX, XXI, XXII, XXVII (II).

Demolombe: Cours de code Napoléon XXIV.

Dernburg: Kompensation: Pandekten, 4. Auflage II.

Haberstich: Handbuch des Obligationenrechts I.

Hartmann: Die Obligation.

Ihering: Jahrbuch für Dogmatik IV: Das Schuldmoment im römischen Privatrecht.

Keller: Bekkers Jahrbuch IV: Pandekten I.

Kisch: Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung im B. G. B.

Kleineidam: Unmöglichkeit und Unvermögen nach B. G. B.

Kohler: Handbuch des deutschen Patentrechts.

Liebe: Stipulation.

Melliger: Culpa in contrahendo.

Mommsen: Beiträge zum O. R. I.: Lehre vom Interesse.

Puntschart: Fundamentale Rechtsverhältnisse.

Revue iudiciaire III.

Rossel: Manuel du droit des obligations.

Savigny: Obligationenrecht I, II.

Schneider und Fick: Commentar zum O. R.

Schweiz. Blätter für handelsgerichtliche Entscheidungen III, VIII.

Vogt: Anleitung zur Anwendung des O. R.

Windscheid: Pandekten 4. Auflage II.

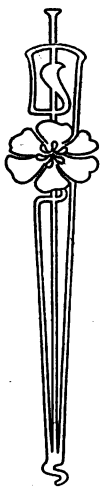
Wyss: Motive zur Neuordnung des allgem. Teils des O. R. von 1877.

Zachariae: Franz. Civilrecht, bearbeitet von Crome II.

Zeitschrift des bern. Juristenvereins: Aufsatz von Marcusen XXVI.

Digitized by Google

Digitized by Google



Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google